



Mara Patrícia Agostinho Ferreira

Regulação das Comunicações Eletrónicas:
A Neutralidade da Rede

Dissertação com vista à
obtenção do grau de Mestre
em Direito Público

Orientador:

Prof. Doutor Lúcio Tomé Feteira

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Abril, 2018



Mara Patrícia Agostinho Ferreira

Regulação das Comunicações Eletrónicas:
A Neutralidade da Rede

Dissertação com vista à
obtenção do grau de Mestre
em Direito Público

Orientador:

Prof. Doutor Lúcio Tomé Feteira

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Abril, 2018

Declaração de Compromisso Anti plágio

Declaração de Compromisso Anti plágio

Eu, Mara Patrícia Agostinho Ferreira, declaro sob minha honra que o trabalho apresentado é da minha exclusiva autoria, estando as citações utilizadas devidamente referenciadas.

Lisboa, Abril de 2018

Mara Ferreira

Mara Patrícia Agostinho Ferreira

Agradecimentos

A elaboração da presente dissertação não teria sido possível sem determinados apoios, aos quais agradeço.

Ao meu Orientador, Prof. Doutor Lúcio Tomé Feteira, por todo o apoio e orientação com que me seguiu durante a elaboração deste trabalho.

À minha família, pela paciência, dedicação e constante apoio em cada etapa do meu percurso académico.

Outros esclarecimentos

- I. O modo de citar segue o disposto na Norma Portuguesa 405-1, publicada pelo Instituto Português da Qualidade.
- II. As monografias são citadas com referência a autor, título, local de publicação, editora, ano de publicação e página. A partir da segunda citação, é apenas feita referência a autor, título e página.
- III. Os artigos ou excertos de livro são citados com referência a autor, título do artigo ou excerto de livro, revista ou livro, volume e/ou número, ano, página do artigo ou excerto de livro. A partir da segunda citação, é apenas feita referência a autor, título do artigo ou excerto de livro e respectivas páginas.
- IV. Em obras consultadas na *internet*, a forma de citação será: autor, título do artigo, data da publicação, hiperligação da *internet* da qual foi obtida a citação e data da consulta.
- V. Nas várias referências a artigos ou obras da autoria de instituições, o nome desta surge no lugar do autor.
- VI. As palavras em língua estrangeira surgem destacadas em itálico.
- VII. As transcrições de texto estrangeiros encontram-se traduzidas para português, sendo a sua tradução da responsabilidade da autora deste trabalho.
- VIII. A presente dissertação foi redigida conforme as regras do novo Acordo Ortográfico.
- IX. O corpo da tese, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 151.448 caracteres.
- X. O Resumo utiliza 1446 caracteres e o *abstract* ocupa 1475 caracteres, incluindo espaços.

Lista de abreviaturas, Siglas e Acrónimos

al.	Alínea
art.	Artigo
arts.	Artigos
ARN	Autoridade Reguladora Nacional
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
EUA	Estados Unidos da América
e.g	<i>exempli gratia</i>
FCC	Federal Communications Commission
IP	Internet Protocol
Nr	Número
ORECE	Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas
p.	Página
pp.	Página
PSAI	Prestadores de serviços de acesso
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	Tratado do Funcionamento da União Europeia
UE	União Europeia
VOIP	Voz sobre IP

Resumo

Atualmente, a *Internet* tornou-se o meio de comunicação mais importante para a sociedade em geral, sendo mesmo considerada um instrumento que assegura a vigência da democracia. Assim, o acesso ao seu todo e não apenas a uma parte é essencial para ficarem assegurados os direitos do utilizador final; (nomeadamente, o direito à liberdade de expressão). Contudo a *internet*, consiste também numa plataforma para o desenvolvimento de novas empresas, sendo o acesso a uma *internet* aberta e neutra um ambiente propício ao desenvolvimento de novos negócios.

Por outro lado, é necessário que os prestadores de serviços de acesso à *internet* garantam um acesso eficiente à mesma, o que implica a aplicação de medidas de gestão do tráfego. Desde logo as medidas de gestão do tráfego representam, teoricamente, uma contradição em relação ao princípio da neutralidade da rede segundo o qual o tráfego deve ser todo tratado de forma igual. No entanto, como se verá, existem necessidades de ordem superior (manutenção da integridade da rede) que conduzem a um desvio deste princípio. A situação torna-se problemática quando estes prestadores de serviços adotam medidas, com objetivos de ordem comercial (e não técnica), como sejam as ofertas *zero rating*, por exemplo.

Este tipo de ofertas, como será analisado adiante implicam necessariamente uma desvalorização do princípio da neutralidade da rede, porque se cria a fragmentação de um ambiente (a *internet*) que nasceu com o propósito de ser uno e acessível a todos.

Abstract

Nowadays Internet has become the most important way of communication in our society, being, sometimes, described as a tool for democracy. The complete access to the Internet, and not only to an exclusive part of it, its essential to assure the protection of Fundamental Rights of End Users, e.g Freedom of Speech. The Internet is also the perfect platform for the development of new companies, so, again, the full access to the Internet it's the perfect environment for new businesses.

On the other side the Internet Service Providers need to make sure that the access to the Network its efficient, this implies that they need to apply Traffic management techniques, which, in theory represent a contradiction to the principle of Net Neutrality.

The Net Neutrality principle demands that all the traffic circulating in the Network must be treated the same, but in many occasion that are situations that allow the application of traffic management techniques (e.g keeping the integrity of the network).

The controversy arises when, the Internet Service providers apply measures with commercials goals, like Zero Rating offers, instead of technical goals.

This types of practices could imply some depreciation of Net Neutrality value, because practices like Zero Rating can create a fragmentation within the Internet, and one of the main purposes with the Internet creation was the development of one platform accessible to everyone without any type of discrimination within users.

Introdução

A presente dissertação tem como objeto o estudo da regulação das comunicações eletrónicas, mais especificamente, o problema da neutralidade da rede (“*net neutrality*”), principalmente no contexto da União Europeia, não se limitando, contudo, a ele.

A presente dissertação visa dar resposta às seguintes perguntas: “Será a neutralidade da rede, hoje, fundamental para o respeito do direito de acesso à *internet*, pelos utilizadores finais?” e, consequentemente, “A aplicação de práticas desviantes deste princípio acabará por representar, na verdade, uma diminuição do valor do mesmo?”

Os objetivos específicos desta dissertação serão a análise do regime subjacente ao princípio da neutralidade da rede, confrontando a sua aplicação não só com a proteção dos direitos fundamentais dos utilizadores finais mas, também, com a aplicação de práticas que poderão colocar em risco esse mesmo princípio.

A estrutura da presente dissertação será a seguinte: Após o primeiro capítulo, que diz respeito à Introdução, o segundo capítulo será dedicado à análise do setor das comunicações eletrónicas, de modo a tentar perceber o seu funcionamento e as suas características.

No terceiro capítulo será explicitada a forma como este setor é regulado, concentrando a análise na regulação das comunicações eletrónicas. Aqui abordar-se-á a evolução regulatória pela qual o setor passou, tendo sempre em conta o regime regulatório que fora, no contexto da União Europeia, aplicado em cada fase regulatória. Na parte final deste capítulo será analisada a regulação das comunicações eletrónicas em Portugal e também os atuais desafios regulatórios que se enfrentam atualmente.

Posteriormente, no quarto capítulo, será estudado um desses desafios, a neutralidade da rede. Este capítulo constituirá, também, uma introdução ao tema em questão, sendo necessário analisar a estrutura e o funcionamento da *internet* e também a neutralidade da rede em si mesma recorrendo a exemplos práticos para o efeito.

Este capítulo termina associando-se a neutralidade da rede ao tema dos direitos fundamentais do utilizador e com a proteção da plena concorrência.

O quinto capítulo é dedicado à explicação da Regulação, (sobretudo, da neutralidade da rede). Aqui, pretende-se analisar o regime regulatório na União Europeia, todavia, para um

melhor entendimento, acrescenta-se, em modo de comparação, a análise do regime regulatório nos Estados Unidos da América.

O sexto e último capítulo aborda a aplicação, pelos prestadores de serviços de acesso à *internet*, de práticas, como as ofertas de serviços especializados e o *zero-rating*. Estas são as duas práticas que maior controvérsia têm gerado, no contexto da neutralidade da rede. Aqui, procura-se analisar não só o regime destas práticas mas, também, os problemas levantados pelas mesmas, a sua ligação com a neutralidade da rede e, finalmente, se a sua aplicação significa ou não uma desvalorização do princípio da neutralidade.

A perspetiva com que se analisa o contexto do princípio em questão não será puramente legal. Abordam-se, por vezes, questões mais técnicas e, centrando-se o tema desta dissertação na Regulação das Comunicações Eletrónicas, obrigatoriamente se fará uma abordagem para além do legal.

As fontes utilizadas para o estudo das várias questões levantadas nesta dissertação são fontes de acesso público, que incluem obras monográficas e coletivas, artigos científicos de várias revistas, legislação e jurisprudência europeia e estaduniense.

Por se abordar um tema pejado de conceitos técnicos, procurar-se-á uma tradução mais o mais fiel, possível, d original, sendo a mesma da responsabilidade da autora. No entanto, devido ao rigor técnico de certos termos, será mantida a sua designação original.

É importante referir que a presente dissertação não pretende esgotar o estudo do princípio da neutralidade da rede, nem o da regulação das comunicações eletrónicas. O que aqui se pretende é colocar algumas questões no âmbito de ambas as temáticas relevantes para as questões suprarreferidas.

O que se pretende, mais especificamente, será começar com o estudo das comunicações eletrónicas e da sua regulação, para se chegar à conclusão de que a neutralidade da rede é, hoje, um dos desafios principais colocados a respeito deste sector. Prosseguir-se-á, então, com o estudo deste desafio, encarando a neutralidade da rede como um princípio que deve ser associado à proteção dos Direitos Fundamentais dos utilizadores e também à proteção da plena concorrência no mercado das comunicações eletrónicas (mais especificamente, o mercado da *internet*).

Para a realização deste estudo, abordar-se-ão temas como: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, Direito da Regulação e Direito da Concorrência.

1. Setor das comunicações eletrónicas

1.1. *Panorama geral*

Podemos definir “as comunicações eletrónicas” como o “*serviço oferecido em geral mediante remuneração, que consiste total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações eletrónicas, incluindo os serviços de telecomunicações (serviços de telefone fixo, telefone móvel, internet fixa, internet móvel e televisão por subscrição) e os serviços de transmissão em redes utilizadas para a radiodifusão.*”¹

Portanto, quando aqui se fala em comunicações eletrónicas, pretende-se significar o envio de sinais de rádio, elétricos ou óticos, incluindo os serviços de rede fixa, móvel e de televisão por cabo.

É o setor que talvez mais modificações sofreu nos anos mais recentes, causadas por uma rápida e constante evolução tecnológica.

Este facto é perceptível, uma vez que, há pouco tempo, os meios de comunicação ao alcance do utilizador resumiam-se ao telefone fixo e à correspondência escrita, sendo, portanto, reduzida a forma de obter e partilhar informação (através da imprensa física, jornais, entre outros...).

O aparecimento de novos meios de comunicação conduziu a uma reestruturação do conceito. Assim, houve a necessidade deste conceito se adaptar às constantes evoluções e alterações tecnológicas, tornando evidente a sua permeabilidade.

Outro aspeto característico da evolução das comunicações eletrónicas foi a convergência entre os vários serviços.

Antigamente, para além da escassez de meios de comunicação, estes serviços eram fornecidos separadamente (separação nas estruturas das comunicações). Cada uma destas estruturas fornecia um serviço específico (por exemplo, uma rede por cabo apenas forneceria um serviço de televisão por cabo).

Com os avanços tecnológicos, tornou-se possível que um operador de rede conseguisse oferecer múltiplos serviços.

¹ ANACOM, Glossário: Comunicações Eletrónicas. <http://www.anacom-consumidor.com/-/servico-de-comunicacoes-eletronicas>

Atualmente, o mesmo operador, através da mesma infraestrutura, pode oferecer múltiplos tipos de serviços (*e. g.*: serviços de *internet* e televisão), caracterizando, assim, a convergência dos serviços.

Como refere o autor CHRISTOPHER DECKER², a convergência dos serviços e progresso tecnológico contribuíram para um aumento na concorrência no sector das comunicações eletrónicas.

1.2. O setor das comunicações eletrónicas e as suas características

A função principal deste sector é a de assegurar a ligação entre os vários utilizadores da rede, de modo a que possam estar em contacto com outras pessoas pertencentes à mesma rede ou a uma rede diferente.

A necessidade de estar em permanente contacto, fez nascer uma outra característica muito própria do sector das comunicações eletrónicas, apontada como uma externalidade positiva, e também designada por “*externalidades de rede*”.

Portanto, uma rede possui tanto mais valor quanto maior o número de utilizadores nela inseridos, gerando-se benefícios para os utilizadores, já que, quanto maior a rede, mais facilmente se poderão manter em contacto com um maior número de pessoas.³ Esses benefícios também os colhem os prestadores de serviços, uma vez que quantas mais utilizadores estiverem naquela rede, de maior importância ela se revestirá.⁴

A evolução tecnológica, (nomeadamente o aparecimento de novas tecnologias e o desenvolvimento das existentes) gerou novas preocupações para os utilizadores. Isto significa que, devido à maior oferta de serviços (permitindo ao consumidor um maior leque de serviços de que pode usufruir), começa a nascer uma preocupação com a qualidade dos serviços.

² Decker, Christopher – “*Modern Economic Regulation: An Introduction to Theory and Practice*”; Cambridge, Cambridge University Press; 2014, pag. 312

³ Afirmam os autores Michael L. Katz e Carl Shapiro: “*There are many products for which the utility that a user derives from consumption of the good increases with the number of other agents consuming the good.*” Shapiro, Carl e Katz, Michael L. – “*Network Externalities, Competition, and Compatibility*”. The American Economic Review, Vol. 75, No. 3 (Jun., 1985), p. 424.

⁴ A prestação e o consumo deste bem geram benefícios a terceiros, sem que estes tenham de pagar por isso. O aumento da rede permite que um utilizador (já previamente inserido nessa rede) possa comunicar com um maior número de pessoas, sem ter de pagar mais para tal. Samuelson, Paul A. e Nordhaus, William D., - “*Economics, Eighteenth Edition*”, The McGraw-Hill Companies, Inc., 2005, p. 738.

A preocupação do consumidor com a qualidade do serviço significa que o utilizador pretende um serviço com uma maior rapidez que permita ter acesso a conteúdos/aplicações mais exigentes (pense-se em serviços de *streaming* de vídeo).

Assim, uma outra característica a apontar neste sector é a das flutuações registadas na procura e na oferta de serviços: quanto maior é a oferta de serviços de comunicações eletrónicas, maiores são, do lado da procura, as exigências relativamente à qualidade dos serviços.

Finalmente, no que respeita às características, o autor CHRISTOPHER DECKER refere, na sua obra “Modern Economic Regulation”⁵, que, para realmente se conseguir perceber o setor das comunicações eletrónicas, é necessário analisar vários fatores.

Da leitura da obra supramencionada, é possível concluir que podemos detetar no setor das comunicações eletrónicas quatro características principais: meios de transmissão; tecnologias utilizadas; serviços que são oferecidos; e as características dos prestadores de serviços.

Muito resumidamente, importa agora abordar estes pontos referidos pelo autor.

Características dos meios de transmissão. Existem vários meios de transmissão de sinais (de rádio, elétricos,). Eles são: *par de fios entrelaçados* (que contêm uma largura de banda limitada, feitos para transportar telefonemas, com um alcance limitado, fáceis de manusear e acarretando menos custos); a *fibra ótica* (possibilita a transmissão de sinais a longas distâncias, comporta uma maior largura de banda, o que conduz a uma maior velocidade de *internet*, e consegue suportar aplicações mais exigentes); *redes híbridas: Fibra – Cabo Coaxial* (utilizados pelos operadores de cabo para distribuir voz, dados e outros serviços de banda larga, surgem numa altura em que, apesar de ser possível a transmissão por fibra ótica, esta opção não era economicamente viável, tendo-se então optado por uma solução híbrida, em que a transmissão é feita por cabos de fibra ótica na rede principal e por cabos coaxiais na rede de distribuição) e ainda *redes móveis*, sem fios (recorrendo-se a ondas de rádio para transportar voz e dados entre os utilizadores)⁶.

⁵ Decker, Christopher – “Modern Economic Regulation: An Introduction to Theory and Practice”; pp. 317-325.

⁶ De acordo com o IP-ANACOM, Portugal tem vindo a demonstrar ser um caso de sucesso, no que diz respeito à penetração das redes móveis 2G e 3G, referindo: “De acordo com o “15th Report on the Implementation of the Telecommunications Regulatory Package – 2008”, no final de 2009, Portugal estava

Tecnologias utilizadas para a comunicação de dados. O autor apresenta a *comunicação de dados por circuito (circuit switching)*, tradicionalmente utilizada nas redes de telefone fixo. Era criado um “caminho” na rede, que permitia aos utilizadores entrarem em contacto. Quando a chamada terminava, este mesmo “caminho” era encerrado. Neste método, não existe o problema do congestionamento, pelo que o funcionamento do circuito não é afetado pelo restante tráfego da rede.

Com o passar do tempo, desta forma analógica de comunicação de dados passa-se para uma digital e é então que aparece a *comunicação de dados por pacote (packet switching)*. Consiste (citando o autor em questão) na “*conversão de todos os sinais da rede (incluindo telefonemas) em dígitos e bits binários, que se agrupam em unidades formatadas (grupos de bits) aos quais se dá o nome de pacotes (packets). Estes são transportados utilizando os dados fornecidos pelo IP.*” (DECKER, CHRISTOPHER: 2014, p. 320).

Portanto, o *IP (internet protocol)* comporta os dados necessários a que estes pacotes sejam transportados desde a fonte até ao seu destino.⁷

Esta forma de comunicação de dados, ao contrário da anterior, pode sofrer congestionamentos, uma vez que os vários utilizadores da rede vão partilhar a mesma largura de banda. No entanto, ao contrário do que acontecia no *circuit switching* (em que, caso a rede estivesse já ocupada, o “caminho” simplesmente não se formaria), neste caso (*packet switching*, não existe bloqueio, devido a essa mesma partilha.

Uma outra forma apontada pelo autor para a comunicação de dados é a ocorrida através da utilização da *Internet Pública*. Mais concretamente, através da utilização de aplicações como o *Skype* (aplicações deste tipo denominam-se *VoIP*). Através destas aplicações, dá-se a transformação de voz e vídeos em pacotes digitais, posteriormente transmitidos pela *Internet*.

A transmissão dos pacotes dá-se em termos semelhantes ao que foi referido para o *packet switching*, sendo que, na *internet* pública, não existe uma gestão dos conteúdos, o que implica que não se possa assegurar que estes sejam transmitidos pela ordem correta.

na segunda posição a nível da UE, no que se refere à taxa de penetração da banda larga móvel”. ANACOM, “Sem fios”. <https://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=340460>.

⁷ Dito de outra maneira, a informação do ponto inicial é repartida em pequenos pacotes (*packets*), que são transportados ao longo da rede, sendo que, quando chegam à sua origem, se reagrupam na sua forma original. O *IP* é o que fornece a informação necessária quanto à origem e ao destino destes pacotes.

Também aqui existem problemas de congestionamento, uma vez que a *internet* pública funciona de acordo com a abordagem do melhor esforço (“*best effort approach*”).

Os serviços podem ser fornecidos através daquelas infraestruturas e tecnologias.

Podemos ter serviços de transmissão de voz, de dados e serviços de transmissão de multimédia.

No que respeita à *transmissão de voz*, é possível identificar o serviço de telefone fixo⁸. Permite ao utilizador efetuar e receber chamadas de voz e é garantido através da comutação por circuitos (*circuit switching*); também aqui temos os serviços baseados no *IP* sendo já possível transmitir voz e vídeo através de aplicações como o *Skype*; e, finalmente, o serviço de telecomunicações móveis.

No que respeita à *transmissão de dados*, temos serviços de banda estreita (a velocidade de transmissão de dados é limitada, o que implica uma utilização para envio e receção de emails e para navegação na *internet*, uma vez que são atividades que não exigem grande largura de banda) - no entanto, hoje em dia, com a oferta de serviços existente, os serviços de banda estreita deram lugar aos serviços de banda larga; e serviços de banda larga móvel, que permitem os utilizadores o acesso à *Internet* através de telemóveis, *tablets*, etc.

Finalmente, *os serviços de multimédia e de transmissão*. Anteriormente, havia a separação de serviços. Portanto, este tipo de serviços acima referido era sempre oferecido separadamente; no entanto, com a convergência, falada anteriormente, hoje, através de aplicações de multimédia, é possível dispor-se de serviços de banda larga e, através do acesso à *internet*, ter-se acesso aos conteúdos fornecidos por aquelas aplicações.

Prestadores de serviços. No que a este ponto respeita, é possível agrupar diferentes categorias de prestadores de serviços, de acordo com as várias tecnologias de comunicações eletrónicas disponíveis; ou seja, existem prestadores de serviços de rede fixa, prestadores de serviços de comunicações móveis, que fornecem serviços de voz e dados sem fios, e, para além destes principais, ainda se pode referir a existência de prestadores de aplicações ou conteúdos de *Internet* (por exemplo, o *Skype*, que fornece serviços de *VoIP*), e de serviços de transmissão.

⁸ “Consiste na oferta ao público em geral do transporte direto da voz, em tempo real, em locais fixos, permitindo a qualquer utilizador, através de equipamento ligado a um ponto terminal da rede, comunicar com outro ponto terminal.”. ANACOM, “Serviço Fixo de Telefone”.
<https://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=84107> .

No entanto, com a convergência dos serviços os prestadores começaram a fornecer múltiplos serviços.

1.3. Caracterização do mercado

As comunicações eletrónicas são classificadas como mercados de tecnologias de informação.

Estes mercados possuem características muito próprias. De acordo com o autor Jeffrey Eisenach⁹, elas são o dinamismo, a modularidade e os efeitos da procura.

Assim, este autor vê este tipo de mercado como aquele em que a constante criação e inovação de novos produtos é um fator chave - um mercado onde a criação de complementos assume uma grande importância na produção e no consumo (apresentando o exemplo do relevo dos sistemas operativos para os computadores pessoais).

No que respeita aos efeitos da procura, o autor faz aqui uma divisão quanto às economias de escala (esses efeitos são também designados como efeitos da rede e significam que um produto é mais valioso para o consumidor quantos mais consumidores existirem) e às economias de escopo (o valor do produto aumenta com a sua diversidade e não só com o número de utilizadores).

⁹ Eisenach, Jeffrey A - “*The Economics of Zero Rating*”, Nera Economic Consulting, Março de 2015, <http://www.nera.com/publications.html#tab-2>, p. 4

2. Regulação das comunicações eletrónicas

Após a análise do sector das comunicações eletrónicas em si mesmas e das suas características, importa agora verificar a forma como este setor é regulado.

Na análise da regulação do setor, será tido em conta apenas o enquadramento regulatório da União Europeia, sendo explicitada a sua evolução até ao quadro regulamentar atual. Conclui-se este capítulo com uma breve análise do enquadramento regulatório utilizado, atualmente, em Portugal.

2.1. *Evolução regulatória e análise de fontes internacionais*

Propõem-se, aqui, a análise da regulação do setor das comunicações eletrónicas, não fazendo aqui um estudo exaustivo do tópico, pretende-se, sim, apontar os principais marcos da evolução regulatória até ao enquadramento regulatório atual.

Durante muitos anos, o setor das telecomunicações (tal como era designado anteriormente), na Europa, era caracterizado pela existência de monopólios.

O Estado, era assim, responsável por fornecer o serviço de telecomunicações, controlando todo o processo de produção (havendo uma integração vertical pois todos os elos da cadeia de valores eram controlados pelo Estado).¹⁰

Operador público de telecomunicações pertencia na sua totalidade ou em parte ao Estado. Troca de serviços entre dois países era assegurada pelos operadores públicos cooperando entre ambos¹¹. Assim, cada Estado membro era responsável pelo seu mercado de telecomunicações¹².

A situação supramencionada não era satisfatória para a Comissão Europeia, estabelecendo uma comparação entre a Europa e com o que se passava nos Estados Unidos da América,

¹⁰ “(...) Estado especialmente ativo na área económica e social, tanto por via da participação directa na produção e prestação de bens e serviços, mediante empresas públicas, como pela orientação, controlo e disciplina da atividade económica privada (...)”. Azevedo, Maria Eduarda, “Temas de Direito da Economia”, Coimbra, Edições Almedina, S.A. Setembro 2013, pag. 181

¹¹ Larouche, Pierre – “Competition Law and Regulation in European Telecommunications”, Hart Publishing Oxford and Portland Oregon, 2000, ISBN 184113-144-X, p.2.

¹² Idem, p.3.

conclui-se que os consumidores americanos tinham acesso a melhores infraestruturas de telecomunicações e a preços mais baixos¹³.

Este e outro fatores, como a globalização da economia, o aumento da procura por serviços de telecomunicações, inovações como a fibra ótica, impulsionaram a liberalização dos mercados.¹⁴

A Comissão Europeia, com a publicação, em 1987, do Livro Verde¹⁵ que propunha a introdução de medidas de harmonização e concorrência nas telecomunicações, inicia o processo de liberalização. Com esta proposta todas as empresas poderiam ter acesso ao mercado das telecomunicações.

No Livro Verde foram apresentadas várias propostas, que se traduziram nos princípios essenciais das telecomunicações na União Europeia.

Assim, os Estados membros poderiam deixar a infraestrutura sob monopólio e preservar a integridade da rede; entre os serviços apenas a telefonia pública poderia permanecer em monopólio, devendo os outros serviços ser liberalizados; a interoperabilidade entre os serviços devia ser atingida através de procedimentos de harmonização¹⁶; criação de uma rede aberta para regular a relação entre os operadores monopolistas e os fornecedores de serviços concorrenciais; liberalização do equipamento terminal; as funções regulatórias e operacionais dos operadores públicos deviam ser separadas; direito da concorrência deveria ser aplicado aos novos fornecedores de serviços.¹⁷

¹³ Nihoul, Paul e Rodford, Peter, - *"EU electronic communications law: competition and Regulation in the European Telecommunications market"*, Nova Iorque, Oxford University Press, 2011. ISBN, 0199601860 pp.4

¹⁴ Ibidem p. xxxvi.

¹⁵ "Rumo a uma economia europeia dinâmica, Livro Verde relativo ao desenvolvimento do mercado comum dos serviços e equipamentos de telecomunicações" COM (87) 290 final (trinta de junho de 1987)

¹⁶ Neste sentido foi adotada a Diretiva 91/263/CEE do Conselho de 29 de Abril de 1991, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes aos equipamentos terminais de telecomunicações, incluindo o reconhecimento mútuo da sua conformidade. Vide considerando nº7 "Considerando que a harmonização das condições de comercialização dos equipamentos terminais de telecomunicações criará as condições para um mercado aberto e unificado."

¹⁷ Larouche, Pierre – "Competition Law and Regulation in European Telecommunications", Hart Publishing Oxford and Portland Oregon, 2000, ISBN 184113-144-X, pp. 4-6

Neste sentido a Comissão adotou várias diretivas¹⁸ que tiveram como base jurídica o artigo 106^o¹⁹ do Tratado do Funcionamento da União Europeia.

Os objetivos propostos pelo enquadramento regulatório do Livro Verde, de 1986, foram a introdução de concorrência no mercado das telecomunicações permitindo a entrada no mercado a todos os agentes económicos, mas também, a separação das funções regulatórias das operacionais²⁰ e a separação da infraestrutura dos serviços (sendo que a telefonia pública ficaria a cargo do monopolista²¹).

Este regime regulatório permanece em vigor até à adoção da Diretiva 96/19.

Com Diretiva supramencionada, criou-se, assim, um regime regulatório que se pautava sob os seguintes princípios: criação de uma rede aberta tendo como base o princípio da transparência, de igualdade de acesso, não discriminação e publicidade²²; garantia da prestação do serviço universal²³; abolição dos direitos especiais e exclusivos no setor das telecomunicações (característicos da situação de monopólio que se vivia anteriormente).

Este enquadramento regulatório²⁴ trouxe, assim, a liberalização total do setor das telecomunicações.

Da análise do processo de liberalização dos mercados de telecomunicações poder-se-á, assim, concluir que “*a tradicional intervenção do Estado, na qualidade de fornecedor de um*

¹⁸ A Diretiva 88/301/CEE da Comissão de 16 de Maio de 1988, relativa à concorrência nos mercados de terminais de telecomunicações; Diretiva 90/388/CEE; da Comissão de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações; Diretiva 96/19/CEE da Comissão de 13 Março de 1996 que altera a Diretiva 90/388/CEE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações.

¹⁹ “1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados membros não tomaram nem manterão qualquer medida contrária ao disposto *nos Tratados*...”.

“2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto *nos Tratados*, designadamente às regras da concorrência...”.

²⁰ Vide considerando número 28 e 29 Diretiva 90/388/CEE

²¹ Vide considerando número 18 Diretiva 90/388/CEE. “(...) *a abertura deste serviço à concorrência poderia ameaçar o equilíbrio financeiro dos organismos de telecomunicações*...”

²² Vide considerando número 2 da Diretiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho

²³ A Diretiva 98/10/CEE, define, no artigo 2º nº2 al. f), serviço universal como “*um conjunto mínimo definido de serviços, de qualidade especificada, acessível a todos os utilizadores, independentemente da sua localização geográfica e, em função das condições específicas nacionais, a um preço acessível.*”

²⁴ Surge das pressões exercidas sob a Comissão Europeia no sentido do aprofundamento do processo de liberalização. Comunicação da Comissão SEC (92) 1048 final “*Relatório de 1992 sobre a situação no sector dos serviços de telecomunicações*”.

*serviço público, vê-se substituída por uma atuação enquanto regulador de um serviço económico de interesse geral.”*²⁵

Em 2002 dá-se a adoção de um novo quadro regulamentar²⁶, que visa adaptar a regulação existente ao atual ambiente das telecomunicações²⁷.

A evolução tecnológica foi levando a uma convergência dos vários sectores das telecomunicações, meios de comunicação social e tecnologias de informação, acabando por surgir a necessidade, também, de uma convergência regulatória.²⁸

Ultrapassada a fase de transição e com a entrada num mercado de concorrência, este quadro regulatório deixa claro que se deve dar preferência à aplicação de uma regulação *ex post*, assente no Direito da concorrência. Sendo que, de acordo com o estabelecido no artigo 16º nº3 e 4 da Diretiva 2002/21/CE, apenas nos casos onde não existe um mercado concorrencial é que se deverá aplicar uma regulação *ex ante*.

Admite-se, assim, que o mercado das comunicações eletrónicas pode ser regulado pelo Direito da Concorrência, sendo que a regulação *ex ante* só funcionará mediante a justificação da sua necessidade²⁹.

Em Setembro de 2009, a Comissão Europeia propõe algumas alterações ao enquadramento regulatório até então vigente, tendo lugar a adoção de diretivas que procedem à alteração do quadro regulatório em vigor à data.³⁰

²⁵ Gonçalves, Pedro – “Regulação das Comunicações Eletrónicas em Portugal” pp.109

²⁶ Este quadro regulamentar é constituído pela Diretiva Quadro (2002/21/CE) e por quatro diretivas específicas a Diretiva 97/66/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das telecomunicações; a Diretiva 2002/19/CE (Diretiva de acesso); Diretiva 2002/20/CE (diretiva de autorização) e a Diretiva 2002/22/CE (Diretiva de serviço Universal).

²⁷ De acordo com o considerando número 1 da Diretiva 2002/21/CE “*O quadro regulamentar em vigor para as telecomunicações permitiu criar com êxito as condições para uma concorrência efetiva no sector das telecomunicações durante a transição de uma situação de monopólio para uma situação de plena concorrência.*”

²⁸ Confraria, João - “Regulação e Concorrência, desafios do século XXI”, Lisboa, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, 2011, ISBN 978-972-54-0288-7, p. 118

²⁹ Idem, pp.121

³⁰ Diretiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009, que altera a Diretiva 2002/22/CE, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas; a Diretiva 2002/58/CE, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas; o Regulamento (CE) nº 2006/2004, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor; Diretiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 Novembro de 2009, que altera a Diretiva 2002/21/CE, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas; a Diretiva 2002/19/CE, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações eletrónicas e recursos conexos e a Diretiva 2002/20/CE, relativa à autorização das redes e serviços de comunicações eletrónicas.

Os motivos que desencadearam esta revisão foram o constante progresso tecnológico registado no setor, a evolução constante dos mercados e também a diversidade regulatória que verificada.

Por outras palavras, conclui-se que as ARNs dos vários estados membros estavam a aplicar disposições regulatórias diferentes e, por vezes, contraditórias, o que conduziu a uma situação de incoerência.

Esta ação descoordenada e incoerente não se coaduna com os objetivos de aplicação harmonizada das disposições regulatórias em vigor, por parte das ARNs.

No que à neutralidade da rede diz respeito, foram adotadas importantes medidas para a salvaguarda deste princípio. Estas alterações pretendiam acabar com o bloqueio discriminativo do tráfego; a gestão do tráfego deveria ser não discriminatória, proporcional e transparente; as empresas têm a possibilidade de estabelecer uma diferenciação entre os seus vários serviços e os serviços especializados não devem conduzir a uma degradação da qualidade da abordagem “best-effort”.³¹

³¹ Comissão Europeia, “Connected Continent legislative package”, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/connected-continent-legislative-package> (pesquisado no dia 09/06/2018 15:50h)

3. A regulação das comunicações eletrónicas em Portugal

As diretivas que constituem o suprarreferido quadro regulatório europeu foram transpostas para o ordenamento jurídico português pela Lei 5/2004, de 10 de fevereiro (doravante designada por Lei das Comunicações Eletrónicas).

Esta lei foi alvo de posterior alteração pela Lei 51/2011, de 13 de setembro.

3.1. *Regime regulatório vigente*

Da análise da Lei das Comunicações Eletrónicas, de acordo com as alterações da Lei 51/2011, é possível identificar o regime aplicável às comunicações eletrónicas em Portugal.

Papel fundamental da ARN. De acordo com artigo 4º, nº1, da Lei das Comunicações Eletrónicas, é a esta que cabe o papel de regular, supervisionar, fiscalizar e também sancionar.

Esta entidade deverá ser independente, ou seja, financeira e funcionalmente separada do Governo e também das empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas.³²

O artigo 5º, nº 1, da Lei supramencionada estabelece que, no desempenho das suas funções, a ARN deve ter como objetivo a promoção da Concorrência, na oferta das redes e serviços.³³

O artigo 19º, nº 1 e 2, garante a liberdade de oferta de redes e serviços de comunicações eletrónicas, sujeitando a oferta apenas ao regime da autorização geral³⁴. Está, assim, de acordo com o dever, estabelecido a nível comunitário, de promover a concorrência no sector das comunicações eletrónicas, como forma de fomentar o desenvolvimento do mercado interno.

No que respeita às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas, o diploma estabelece algumas condições que devem ser verificadas aquando da prestação do

³² Vide artigo 4º, nº2, al. a. e b, da Lei das comunicações eletrónicas.

³³ Este artigo demonstra a importância que, no contexto europeu, é dada às ARNs, sendo estas que na prática asseguram que os objetivos visados pela União Europeia são respeitados no contexto nacional. Dentro deste contexto, é ainda de salientar o artigo 6º, nº 1 e 2, da Lei das comunicações eletrónicas, que refere a importância de a ARN exercer uma atividade em colaboração não só com a Comissão Europeia mas, também, com os Órgãos Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas.

³⁴ O artigo 21º, nº 1, diz que as empresas que pretendam oferecer serviços e redes de telecomunicações devem enviar à ARN uma descrição sucinta do serviço que pretendem iniciar e a respetiva data de início.

serviço que oferecem, nomeadamente, obrigação de acesso (como forma de se assegurar o princípio de uma rede aberta), manutenção da integridade das redes públicas, obrigação de assegurar a utilização do serviço durante grandes catástrofes e, ainda, obrigação de transparência.

Preocupações de índole social. Trata-se de disposições que asseguram os direitos dos utilizadores finais, colocando-os acima de qualquer outra preocupação. Estas são:

Qualidade do serviço. O artigo 39º nº 2, al. a, dispõe que as empresas que oferecem redes e serviços devem disponibilizar informação sobre a qualidade do serviço prestado, de acordo com o estabelecido no artigo 40º (isto é, informação clara, completa e atualizada sobre a qualidade de todos os serviços oferecidos).

Serviço Universal. O artigo 86º, nº 1, define serviço universal como o “conjunto mínimo de prestações que deve estar disponível para todos os utilizadores independentemente da sua localização geográfica e a um preço acessível”.

Ainda no âmbito do serviço universal, os prestadores deste serviço devem assegurar, de acordo com o artigo 91º, nº 1, que os utilizadores portadores de deficiência têm acesso a este serviço em termos iguais aos dos outros utilizadores finais.

Mercados relevantes. Compete à ARN definir os mercados relevantes dos produtos e serviços.³⁵

A ARN deve averiguar se os vários mercados são ou não efetivamente concorrenciais. Se se concluir que o mercado não é concorrencial então, deverão ser aplicadas obrigações específicas.

De acordo com o artigo 66º, nº 1, estas obrigações específicas, no que ao acesso e interligação diz respeito, consistem na obrigação de transparência aquando da publicação de informação; na obrigação de não discriminação na oferta de acesso e interligação e na prestação de informações; na obrigação de separação de contas e de separação funcional; na obrigação de dar resposta aos pedidos razoáveis de acesso e na obrigação de controlo dos preços.

³⁵ Vide artigo 56º al. a)

No entanto, caso a ARN determine que o mercado seja efetivamente concorrencial então deverá abster-se de impor obrigações regulamentares específicas, sob a pena de causar interferências à concorrência.

Um mercado não é efetivamente concorrencial quando haja duas ou mais empresas com poder de mercado significativo. O artigo 60º, nº 1, recorre, neste caso, ao conceito de posição dominante, referindo: “Considera-se que uma empresa tem poder de mercado significativo se, individualmente ou em conjunto com outras, gozar de uma posição dominante...”.

4. Desafios na Regulação das Comunicações Eletrónicas

De acordo com o autor Christopher Decker³⁶, inúmeras questões são atualmente levantadas, com um grande impacto na forma como são reguladas as comunicações eletrónicas.

É possível referir que o grande desafio na regulação das comunicações eletrónicas é, desde logo, a extensão da regulação que poderá e deverá ser aplicada neste sector. Isto, porque um dos grandes objetivos, quando se olha para o quadro regulamentar europeu, é que o sector das comunicações eletrónicas passe a ser regido pelo direito da concorrência. Ora, uma excessiva regulação pode ir contra este objetivo.

Este trabalho incide em um dos novos desafios colocados não só aos reguladores mas também a outros agentes económicos, como os prestadores de serviços e mesmo os utilizadores finais. Esse desafio é denominado neutralidade da rede (*net neutrality*).

³⁶ Decker, Christopher – “*Modern Economic Regulation: An Introduction to Theory and Practice*” pp. 341-357.

5. Neutralidade da Rede

O presente capítulo abordará a neutralidade da rede. Além de uma análise das características e do regime aplicável a este princípio, serão abordadas questões relacionadas com a aplicação de medidas que implicam desvios a este princípio.

Como se verá pela análise dos enquadramentos regulatórios da neutralidade da rede, este princípio é tido como fundamental para assegurar a inovação, a proteção dos direitos dos utilizadores finais e, também, a defesa da plena concorrência. Como refere o autor Tim Wu³⁷, “*na internet existem várias aplicações e serviços que estão numa constante batalha por atenção dos utilizadores finais, assim, é importante que esta plataforma se mantenha neutra de modo a assegurar uma concorrência justa.*”

5.1. A arquitetura original da Internet

Antes de iniciar a caracterização do princípio da Neutralidade da Rede, importa analisar, de forma breve, arquitetura original da *internet*, isto é, com que princípios e fundamentos foi criada e funciona a *internet*.

A criação e o consequente funcionamento da *internet* basearam-se no princípio chamado “*end-to-end*” (fim a fim). Este princípio caracterizava-se por dar um papel ativo ao utilizador final que, nos pontos finais das redes, fazia funcionar as várias aplicações e serviços, ao passo que o operador de rede (ou *internet service provider*) desempenhava um papel passivo, apenas encaminhando os conteúdos da sua origem até ao seu destino.

Assim, este princípio foi implementado no protocolo de *internet* (também designado por *IP*). O *IP* foi criado para ser completamente indiferente aos vários tipos de tráfego, realizando uma distribuição do tráfego de acordo com a abordagem “melhor esforço” (*best effort approach*).

De acordo com o “*best effort*”, todo o tráfego que passa na rede é distribuído de forma igual, não havendo, aqui, garantia de qualidade no serviço prestado nem garantia de que os conteúdos sejam todos entregues. Veja-se o que foi referido anteriormente, na página 4, sobre as tecnologias utilizadas para a transmissão de dados, nomeadamente sobre “*packet switching*”. Como, neste caso, não ocorre a criação de “um caminho próprio” para cada

³⁷ Wu, Tim – “*Network Neutrality, Broadband Discrimination*”, 2003, p. 141, <https://ssrn.com/abstract=388863>.

conteúdo, sendo estes distribuídos todos pela mesma via, é possível que alguns conteúdos sejam entregues com mais atraso (ou, mesmo, que não sejam entregues).

Portanto, inicialmente, a distribuição do tráfego feita pelo *IP* era realizada sem se considerarem quaisquer conceitos de qualidade de serviço, uma vez que todo o tráfego era tido por igual.

Esta arquitetura original ia ao encontro das necessidades iniciais da *internet*, uma vez que esta não fora criada com intenções comerciais, ao contrário do telefone e da televisão.

Os Prestadores de serviços de acesso à *internet* (doravante designados como PSAIs) desempenham um papel fundamental, no que diz respeito ao acesso à rede. Os utilizadores, para terem acesso à *internet*, devem subscrever os serviços de um PSAI, sendo que também os fornecedores de conteúdos (por exemplo, a *Google*) estabelecem acordos com estes, de modo a que o seu conteúdo possa ser distribuído através das infraestruturas dos PSAIs.

Os PSAIs dispõem, assim, da infraestrutura (rede fixa ou móvel) necessária para se aceder à *internet* e distribuir conteúdos pelos vários pontos da rede.

A *internet* apresenta-se como um exemplo clássico de um mercado de dois lados (*Two-side market*), ou seja, os PSAIs asseguram que os utilizadores têm acesso aos conteúdos fornecidos pelos vários fornecedores de conteúdos, garantindo, ao mesmo tempo, que estes últimos possam disponibilizar os seus conteúdos aos utilizadores.³⁸

*“Um fator chave deste tipo de mercados é que o benefício que o utilizador retira de aceder à Internet depende da quantidade e qualidade dos conteúdos/aplicações disponíveis online, e o benefício de uma empresa de colocar o seu serviço online depende da quantidade de utilizadores que têm acesso à internet”.*³⁹

A *internet*, quando surgiu, era apenas utilizada nas universidades e em alguns departamentos de investigação (mais especificamente, nos Estados Unidos). Portanto, a sua principal função era de pesquisa, envio e receção de *emails*, não se colocando questões sobre congestionamento de tráfego, uma vez que a abordagem “*best effort*” utilizava a melhor técnica de distribuição.

³⁸ Crocioni, Pietro - “*Net Neutrality in Europe: Desperately Seeking a Market Failure*”, Telecommunications Policy, The International Journal of ICT Economy, Governance and Society, Vol. 35, Issue 1, 2011, pp. 1-11.

³⁹ Idem, p. 14.

Quando a *internet* adota uma faceta comercial (isto é, quando deixa de existir apenas nas áreas de investigação e passa a chegar ao utilizador doméstico), torna-se o palco perfeito para a criação de novos negócios, gerando-se uma concorrência entre os vários agentes económicos, que pretendiam fazer chegar os seus conteúdos à maior quantidade possível de utilizadores.

O aumento da oferta e o consequente aumento da procura levou a um recrudescer do acesso à *internet*.⁴⁰

O debate acerca da neutralidade da rede está intimamente ligado à crescente evolução tecnológica que se registou nestes últimos anos. “*Os prestadores de serviços de internet quando confrontados com esta crescente inovação, reagiram, tentando atrasar o ritmo da evolução, primeiro tentando atrasar o aparecimento da banda larga, diminuir a expansão do wi-fi, e também atrasando as aplicações peer-to-peer (como por exemplo BitTorrent)*”.⁴¹

5.2. O que é a Neutralidade da Internet

É possível definir a Neutralidade da *internet* como o princípio que defende que todo o tráfego que passa pela rede deverá ser tratado de forma igual, independentemente da sua origem, destino, conteúdo ou equipamento.

Para melhor compreensão do problema aqui em análise, foi criado um exemplo, estabelecendo-se uma comparação com o tráfego rodoviário numa estrada.

Pense-se numa estrada com três vias, onde todo o tráfego circulante não está sujeito a qualquer tipo de diferenciação. Isso significa que os condutores que passam por esta estrada são tratados todos de forma igual.

Ora, se muitos condutores passarem por esta estrada ao mesmo tempo, isso causará um congestionamento das várias vias, deixando de se fazer a distinção entre os condutores que não se importam de chegar mais tarde ao seu destino e os que necessitam de chegar rapidamente ao destino.

⁴⁰ Olhando para Portugal, um estudo realizado pelo Instituto Nacional de Estatística mostrou que, em 2016, 74% das famílias portuguesas tinham acesso à *Internet* em casa. ANACOM - “INE - Inquéritos à utilização de TIC pelas famílias e pelas empresas em 2016”, 2016, <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1400422>.

⁴¹ Marsden, Christopher T. – “*Net Neutrality, Towards a Co-Regulatory Solution*”, Nova Iorque, Bloomsbury academy, 2010, p. 14.

Face a este problema de congestionamento, que não permite que o tráfego circule normalmente, os serviços que controlam as estradas decidem criar uma quarta via, fazendo depender a sua utilização do pagamento de uma taxa.

Com a criação de uma quarta via, sujeita a utilização mediante pagamento, consegue-se resolver o problema da congestão, uma vez que os condutores que necessitarem de chegar mais rapidamente ao seu destino podem circular por esta via “especial”

Assim, aplicando uma medida de gestão do tráfego, consegue-se uma melhor distribuição dos vários condutores pelas diversas vias rodoviárias. Contudo, por outro lado, isso irá criar um fosso entre os vários tipos de utilizadores da estrada, levando a que apenas os condutores com uma maior capacidade financeira consigam utilizar a estrada sem qualquer congestionamento.

O autor Tim Wu refere que, quando se fala em neutralidade da rede, está-se a falar de um problema político, social e económico⁴², já que - face ao problema da congestão causado por um funcionamento da *internet* de acordo com a abordagem do “melhor esforço” - os operadores das redes de *internet* começam a aplicar medidas para uma melhor gestão do tráfego que é transportado na rede.

Exemplo prático – Comcast vs BitTorrent

Em 2007, vários subscritores dos serviços da *ComCast* (um prestador de serviços de comunicações eletrónicas americano) queixaram-se de que não conseguiam ter um acesso eficiente ao *BitTorrent* (um *software* que permite a troca de ficheiros entre os vários utilizadores).

*“Este tipo de tecnologias de Peer-to-Peer permitem aos utilizadores partilharem diretamente entre si ficheiros, sem necessidade de recorrer a um servidor central, no entanto este tipo de software consome montantes significativos de largura de banda.”*⁴³

A questão culminou com a apresentação de queixas ao regulador americano (Comissão Federal das Comunicações), por vários grupos sociais americanos como a *Free Press* e a

⁴² Wu, Tim, e Lee, Robin S. – “*Subsidizing Creativity through Network Design: Zero-Pricing an Net Neutrality*”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 23, No. 3, Julho de 2009, pp. 61/76.
<https://ssrn.com/abstract=1489166>.

⁴³ Circuit Judge Tatel: “*ComCastCorp V. FCC No. 08-1291*”, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, p. 3.
[https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/EA10373FA9C20DEA85257807005BD63F/\\$file/08-1291-1238302.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/EA10373FA9C20DEA85257807005BD63F/$file/08-1291-1238302.pdf)

Public Knowledge, com o fundamento de que este operador, aplicando técnicas de gestão de tráfego, estava a bloquear intencionalmente o tráfego do *BitTorrent*.

O regulador americano acabou por decidir que a conduta discriminatória e arbitrária do operador interfere com as vantagens de uma *internet* aberta e que a sua prática não pode ser encarada como representativa de uma adoção de medidas razoáveis de gestão de tráfego.⁴⁴

Assim, a *ComCast* utilizando abusivamente a sua prerrogativa de gestão de tráfego, bloqueou o tráfego do *BitTorrent*. Este bloqueio foi feito recorrendo a uma medida designada “*deep packet inspection*”, que permite ao operador monitorizar o tráfego do consumidor ligado à rede (relembrar o que foi referido na página 8). Este operador, recorrendo a esta medida, identificava os utilizadores que pretendiam transferir ficheiros através do *BitTorrent* e, depois de identificados, o servidor da *ComCast* enviava um “*reset packet*” para os computadores dos utilizadores previamente identificados, terminando, assim, a ligação.⁴⁵

Este tipo de práticas levadas a cabo pelos PSAIs dividiu as opiniões (no que diz respeito ao debate sobre a Neutralidade da Rede), uns defendendo uma versão mais absoluta do princípio da neutralidade e, do outro lado, outros argumentando que a aplicação deste princípio pode constituir um entrave à inovação.

Os primeiros encaram as práticas de discriminação do tráfego como uma violação ao princípio da neutralidade, o que acaba por representar uma violação ao direito de acesso à *internet*. Assim, a *internet* deve permanecer um espaço aberto, neutro, não discriminatório, só desta forma sendo possível desenvolver uma plena concorrência e respeitar os direitos dos utilizadores finais.

O contrário conduz a uma divisão da plataforma da *internet*, o que pressupõe, desde logo, um rastreio inicial dos utilizadores - isto é, distinguindo-se entre aqueles que efetivamente poderão ter acesso a toda a *internet* (inclusive às “vias” restritas) e aqueles que apenas poderão ter acesso ao “espaço público” da *internet*.

⁴⁴ FCC, Re Formal Compl. of Free Press & Public Knowledge Against Comcast Corp. for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications, 23 F.C.C.R. 13,028 (2008), https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-08-183A1.pdf.

⁴⁵ Smith, Courtney Erin - “*Net Neutrality, Full Throttle: Regulation of BroadBand Internet Service Following the ComCast/BitTorrent Dispute*”, Janeiro de 2010. <http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol50/iss2/7>.

Do outro, há quem se oponha à aplicação deste princípio. Aqueles que se opõem à neutralidade das redes encaram este princípio apenas como uma desculpa para um excesso de regulação, o que, por sua vez, constitui um entrave ao investimento.

A possibilidade de aplicação de medidas de gestão faz com que os operadores possam mais facilmente ir ao encontro das exigências dos consumidores mas, também, permite a criação de novas fontes de rendimento.

Referem que a aplicação destas medidas não implica a violação dos direitos dos consumidores; pelo contrário, dado que a oferta de serviços especializados permite oferecer a estes um serviço de melhor qualidade.

5.3. Direitos fundamentais e plena concorrência

Depois de uma breve apresentação da arquitetura da *internet* e de uma caracterização da temática da neutralidade da *internet*, importa aqui levantar alguns dos problemas que surgem com os desvios a este princípio.

Neste ponto, irá, assim, ser tratado o impacto do desvio ao princípio da neutralidade da rede, não só nos Direitos Fundamentais dos utilizadores finais mas, também, no funcionamento eficiente da concorrência.

Isto, porque a participação na vida social, económica e política encontra-se, hoje, muito dependente do funcionamento da *Internet*⁴⁶. Citando o Ministro das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, António Mendonça⁴⁷: “*é necessário garantir uma Internet aberta, de acesso democrático e em condições de igualdade pois “não podemos permitir que exista uma Internet dos ricos e uma Internet dos pobres”*”.

O respeito pelo princípio da *internet* aberta promove, assim, o gozo pleno dos direitos fundamentais dos utilizadores, como o direito da liberdade de expressão e o direito à

⁴⁶ Na jurisprudência do TEDH *Times Newspaper Ltd v. Reino Unido*, o tribunal referiu que, devido ao facto de a *internet* se revelar capaz de armazenar e comunicar grandes quantidades de informação, esta tem um papel muito importante no acesso das notícias ao público e na facilidade de transmissão de informação. TEDH, *Times Newspaper Ltd v. Reino Unido*, Referência 3002/03, Março de 2009.

⁴⁷ ANACOM, - “Conferência ANACOM 2010 - Net Neutrality: regulação de redes e regulação de conteúdos”, Conclusões, 2010, <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1035674>.

privacidade (no sentido de poder haver, *online*, uma troca livre de ideias e opiniões) e assegura, também, o funcionamento de um mercado plenamente concorrencial.⁴⁸

Focar-se-á, agora, no aspeto da proteção dos direitos fundamentais dos utilizadores.

Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O artigo 19º deste diploma refere que “*todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.*”

É também importante ter em conta o disposto no artigo 12º: “*Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, ...*”

Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

De acordo com o artigo 10º, nº 1, “*qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras, ...*”

Declaração sobre a liberdade de comunicações na *internet* adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa.

O princípio 4º, 1ª parte, refere: “*Os Estados Membros devem encorajar o acesso a todas as comunicações e serviços de informação da Internet numa base não discriminatória a um preço acessível.*”

Tal como foi dito anteriormente, sendo a *internet* o meio atualmente mais importante e sendo ele utilizado não só para fins de comunicação mas, também, no que respeita à troca de ideias e na obtenção de acesso a informação, então, o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade deverão ser plenamente protegidos, na *internet*..

O princípio da neutralidade da rede vem assegurar a proteção do gozo destes direitos, uma vez que, a partir da aplicação deste princípio, todo o tráfego que passa pela rede é tratado de

⁴⁸ Uma Internet aberta e neutra faz com que existam poucas barreiras à entrada, fomentando assim a concorrência entre fornecedores de conteúdos, fator que é especialmente importante nesta plataforma, uma vez que a *Internet* serviu (quase desde o seu início) de palco para a criação de novas pequenas empresas.

forma igual. Por isso, a *internet* e todos os seus conteúdos permanecem abertos e acessíveis a todos os utilizadores.

Os autores Andrew McDiarmid and Matthew Shears⁴⁹ referem o seguinte: para que não haja violação dos direitos fundamentais dos utilizadores finais, a *internet* deve manter certas características. Isto é, deve permanecer *global* (permitindo que um utilizador possa entrar em contacto ou ter acesso a conteúdos publicados por um utilizador de outro continente, por exemplo); *controlada pelos utilizadores* (estes podem utilizar ou criar as aplicações ou serviços que pretendam); *descentralizada* (as aplicações e serviços devem manter-se nos pontos finais das redes); e *aberta e com reduzidas barreiras à entrada*.

Seguindo esta lógica de pensamento (neutralidade da rede como um potenciador dos direitos fundamentais dos utilizadores), leva a considerar razoável a defesa de uma aplicação mais “pura” do princípio, devendo a *internet* manter o seu funcionamento de acordo com a sua arquitetura original. Ou seja, esta deverá ser descentralizada, conferindo uma posição ativa aos seus utilizadores, ao passo que os operadores da rede possuem apenas a função de transporte dos conteúdos pela rede, e adotando a abordagem do “melhor esforço”, não havendo qualquer discriminação sob o tráfego da rede. Isso permitirá que os utilizadores tenham acesso a toda a informação que desejam e, também, que exista uma livre troca de ideias entre os vários utilizadores.

Assim, é possível afirmar, desde já, que existem inúmeros instrumentos internacionais de salvaguarda do direito fundamental da liberdade de expressão e da privacidade.

Adota-se, aqui, a posição segundo a qual estes instrumentos internacionais (mencionados acima) foram criados de forma a poderem adaptar-se à evolução tecnológica. Poder-se-á, por isso, falar no direito a liberdade de expressão e no direito à privacidade na *internet*, uma vez que esta se tornou um dos mais importantes meios de comunicação atuais.

Estes direitos fundamentais devem ser vistos como “catalisadores” do usufruto de outros direitos, como, por exemplo, o direito à educação e o direito a fazer parte da vida cultural e do desenvolvimento científico.

⁴⁹ McDiarmid, Andrew & Shears, Matthew, - “*The importance of Internet Neutrality to protecting Human Rights online*”, Net Neutrality Compendium, Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet, pp. 31-41.

Por outro lado, a violação do princípio da neutralidade causa limitações ou pode impossibilitar, por completo, o usufruto destes direitos.

Um exemplo de uma clara violação destes direitos é o caso levado ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) em dezembro de 2012 (Ahmet Yildirim contra o estado turco⁵⁰): o bloqueio arbitrário de um conjunto de *websites* foi considerado pelo Tribunal uma “censura colateral”, que constituía uma violação do artigo 10º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

A decisão do tribunal foi no sentido de que o bloqueio a um conjunto de *websites* (impossibilitando os utilizadores finais de acederem a vários conteúdos e informação disponíveis) apresenta-se, quando implementado de forma arbitrária, como uma violação ao direito fundamental da liberdade de expressão.

O caso descrito anteriormente representa uma violação dos direitos fundamentais, cometida por um órgão pertencente ao Estado. Sendo quem deve assegurar, sempre, a proteção dos Direitos Fundamentais dos seus cidadãos (respeitando os instrumentos internacionais onde vigoram tais direitos), os estados podem também praticar atos eles próprios violadores destes direitos.

No entanto, tendo em conta a definição do princípio da neutralidade apresentada anteriormente (descrito como o recurso a práticas de gestão discriminatórias do tráfego que passa pela rede), também os prestadores de serviços de acesso à *internet* (PSAIs) podem aplicar medidas limitadoras dos direitos fundamentais dos utilizadores da rede.

Das medidas de gestão de tráfego vistas anteriormente, aquela que representa uma verdadeira e direta limitação a estes direitos fundamentais será o bloqueio (bloqueio de determinados *websites*, aplicação de filtros que impossibilitem o acesso a determinados conteúdos *online*).

Deve, contudo, considerar-se o disposto no artigo 10º, nº 2, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa disposição, quando aplicada a esta temática, permite, em certos casos, o bloqueio (por razões de segurança nacional, de defesa da ordem e de prevenção do crime, de saúde pública e de proteção dos direitos de outrem).

⁵⁰ TEDH, Ahmet Yildirim v. Turquia – 3111/10, Dezembro de 2012.

Para além do bloqueio, existem outras medidas de gestão do tráfego que também podem constituir uma limitação aos direitos dos utilizadores, quando não aplicadas devidamente, como, por exemplo, o tratamento discriminatório do tráfego, a priorização de determinados conteúdos e o atraso de outros.

Quando se pretende aplicar medidas destinadas a um tratamento discriminatório do tráfego, deve realizar-se uma análise prévia, que poderá consistir na recolha de dados sobre a navegação dos utilizadores (através da utilização do *deep packet inspection*), o que se traduz num impacto no direito à privacidade dos utilizadores, uma vez que grande parte destes não possui o conhecimento técnico necessário para se aperceber que a sua navegação *online* poderá encontrar-se exposta ao PSAI.

Aquando a análise da arquitetura original da *internet*, foi possível perceber que esta foi desenhada com o objetivo de conferir ao utilizador final um papel ativo, não só como utilizador mas, também, como criador de conteúdos. Ora, perspetivando a neutralidade da rede como um instrumento que assegura os direitos fundamentais dos utilizadores no acesso à *internet* e a aplicação de medidas de gestão de tráfego como limitadoras destes direitos (porque chocam com o instrumento que os assegura), questiona-se se a lógica da arquitetura original não estará a ficar cada vez mais desvanecida.

Isto, porque os PSAIs parecem já não se limitar a assegurar o transporte dos conteúdos, podendo agora influenciar esses mesmos conteúdos através da aplicação das medidas suprarreferidas.

No relatório do Conselho dos Direitos do Homem sobre a promoção e defesa do direito de liberdade de opinião e de expressão⁵¹, é referido que qualquer limitação ao direito da liberdade de expressão deve passar um teste com três requisitos (de verificação cumulativa)⁵². Esses requisitos são:

- Deverá ter fonte na Lei e obedecer ao princípio da transparência e previsibilidade;

⁵¹ “O Conselho de Direitos Humanos é o órgão, da ONU, criado pelos Estados-membros, tendo em vista reforçar a promoção e a proteção dos direitos humanos no mundo inteiro. Substitui a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas.” Centro Regional de Informação das Nações Unidas, “Perguntas Frequentes CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS”. <https://www.unric.org/pt/direitos-humanos-actualidade/3310>.

⁵² La Rue, Frank William - “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression.” Maio de 2011, http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf.

- Deverá ter como objetivo a proteção de direitos ou da reputação de outrem, proteger a segurança nacional e a ordem e saúde públicas;
- A limitação em questão deverá ser extremamente necessária e aplicada através dos meios menos restritivos.

Concluindo, este ponto permite chegar-se à conclusão de que vários direitos fundamentais consagrados em instrumentos internacionais asseguram o direito de acesso à *internet*, mas a aplicação de medidas de gestão do tráfego pelos PSAIs, sejam razoáveis ou não, terá sempre um impacto no usufruto dos direitos analisados anteriormente.

Foi descrita a forma como a gestão do tráfego e o desvio ao princípio da neutralidade poderão ter um impacto negativo, embora creia que esse impacto não será sempre negativo.

Pense-se numa lógica de aplicação absoluta do princípio da neutralidade, isto é, todo o tráfego é gerido segundo a abordagem “*best effort*” (tratado de forma igual, não garantindo qualidade de serviço). Existem, ao longo de um dia, picos de acesso à *internet* (por exemplo, durante a noite, quando mais pessoas se encontram em casa). É nestes momentos que, com maior probabilidade, ocorrerá congestão, por estarem várias pessoas a tentar aceder a vários conteúdos/aplicações *online*.

Aqui, não há um remédio específico para o problema da congestão, visto que a todo o tipo de tráfego deverá ser dada a mesma prioridade, quer se trate de um *email* quer de uma videochamada. Ora, se não existir qualquer tipo de remédio para a resolução do congestionamento, produzir-se-á um impacto negativo no usufruto do direito de liberdade de expressão, uma vez que a saturação da rede não permite que os utilizadores exerçam o seu direito de trocar livremente ideias e informação, entre si.

Neutralidade da rede e um mercado plenamente concorrencial

A *internet* é uma plataforma, hoje em dia, essencial para o desenvolvimento de novas empresas. Pense-se, por exemplo, no caso do *Facebook*, criado por uma das maiores empresas tecnológicas atuais: começou como uma pequena empresa, criada por um estudante universitário.

A *internet* distingue-se dos meios de comunicação social tradicionais, apresentando estes um modelo unilateral, com um emissor e um recetor, e exibindo aquela um modelo multilateral, em que o recetor poderá também ser emissor de conteúdos.

Por outras palavras, a *internet* não é apenas um mecanismo que permite a troca de ideias e o acesso à informação, sendo também um meio de desenvolvimento de atividades económicas (um utilizador da rede pode ser, ao mesmo tempo, um fornecedor de conteúdos).

Ao contrário do que foi dito relativamente à defesa dos direitos fundamentais dos utilizadores, creio que, no caso do funcionamento de um mercado plenamente concorrencial, se deverá aceitar uma aplicação mais “pura” do princípio da neutralidade, ou seja, manter o utilizador no desempenho de um papel ativo de acesso a conteúdos (e sobretudo de criação dos mesmos).

Assim, o princípio da neutralidade permite que a *internet* se mantenha como uma plataforma aberta e com acessos reduzidos, o que possibilita a criação diversificada de conteúdos, pelos utilizadores finais.

Pelo, uma *internet* fechada e pouco neutra, em que um PSAI atue como “guardião” da entrada nessa plataforma, desincentiva os utilizadores finais da vontade de apresentarem os seus próprios conteúdos, pois os obstáculos no acesso ao mercado são bastante consideráveis; por outro lado, desincentiva os PSAIs de permitirem esta diversidade de conteúdos nas suas redes, uma vez que estes conteúdos poderão ser diretamente concorrentes com os seus produtos.

O exemplo dos casos da *ComCast* e da *Netflix*.

Entre dezembro de 2013 e janeiro de 2014, o fornecedor de conteúdos *Netflix* sofreu um grande impacto na reprodução dos seus conteúdos na rede *Comcast* (operador de rede americano), isto porque esses conteúdos fizeram com que todos os conteúdos da *Netflix* fossem transmitidos a velocidades muito baixas, o que, por sua vez, diminuiu a qualidade do vídeo transmitido (sendo a *Netflix* um serviço de *streaming*).

Isto fez com que muitos clientes da *Comcast* não conseguissem ter acesso à *Netflix*, provocando o cancelamento da subscrição do serviço. Apenas em fevereiro de 2014, a *Netflix* chegou a um acordo com a operadora acima referida, ficando determinado que a *Netflix* teria de pagar para poder ter acesso aos clientes da rede da *Comcast*. Isso fez com que, posteriormente, a *Netflix* tivesse de celebrar acordos deste mesmo género com outras operadoras, para poder ter acesso aos seus clientes.

6. Regulação adotada sobre a Neutralidade da Internet na União Europeia e nos Estados Unidos

Após se ter chegado à conclusão que o princípio da neutralidade da *Internet* é essencial para assegurar os direitos fundamentais dos utilizadores finais e o funcionamento eficaz da concorrência, importa, agora, verificar o tratamento dado a esta questão no âmbito da União Europeia e nos Estados Unidos.

Centra-se a análise nestes dois contextos, pois foram feitas aqui duas abordagens diferentes para o tratamento deste tema.

No contexto europeu, o estudo irá centrar-se nas diferentes posições adotadas quer pelo Parlamento Europeu quer pela Comissão Europeia, e também por outros organismos pertencentes à União Europeia, como o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (ORECE), também, o Comité Social e Económico Europeu.

A análise da regulamentação adotada pelos Estados Unidos centra-se apenas na posição adotada pelo regulador estadunidense das Comunicações Eletrónicas: a Comissão Federal para as Comunicações.

6.1. A Neutralidade da internet na Europa

O quadro regulamentar das comunicações eletrónicas de 2002 ainda não previa diretamente nenhuma disposição sobre a neutralidade da *internet*. Só com as revisões de 2009, passa a surgir, na Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho (2009/140 CE), uma preocupação com o princípio da neutralidade.

Assim, o artigo 8º nº 1, 2º parágrafo, passa a referir: “*Salvo disposição em contrário do artigo 9º relativo às radiofrequências, os Estados-Membros devem ter na melhor conta a conveniência de elaborar regulamentação tecnologicamente neutra...*”

Porém, é verdadeiramente na **Declaração da Comissão Europeia sobre a Neutralidade da Internet** que se aborda diretamente este tema.

Assim, a Comissão, adotando uma abordagem de prevenção, refere que deverá ter lugar um reforço dos requisitos de transparência, cabendo às ARNs impedirem a degradação do serviço, para que se possa impedir o aparecimento de eventuais práticas anti concorrenciais.

A Resolução do Parlamento Europeu de 07 de novembro de 2011 vem realçar a importância da neutralidade da *internet* para o contexto atual, referindo que se trata de um impulsionador da competitividade, do crescimento económico e da inovação.

A preservação deste princípio assegura que a *internet* continua a fornecer serviços de elevada qualidade e que promove os Direitos Fundamentais dos consumidores.

De acordo com esta Resolução, não existe, na Europa, uma necessidade regulatória adicional, em matéria de *internet*. Assim, a Comissão, juntamente com o ORECE, devem controlar a evolução das práticas de gestão do tráfego e assegurar que os fornecedores de serviços de *Internet* não bloqueiam, discriminam, prejudicam ou degradam a capacidade de qualquer um utilizar um determinado serviço.

Apesar de haver necessidade regulatória adicional, chama-se à atenção para os riscos existentes, que decorrem dos desvios à neutralidade da *internet*, como comportamentos anti concorrenciais, bloqueio à inovação, restrições à liberdade de expressão e à privacidade, o que prejudica não só empresas e consumidores mas, também, a própria sociedade democrática.

O Parlamento Europeu admite que só é possível atingir a neutralidade na *internet* com concorrência efetiva, transparência na gestão do tráfego, qualidade de serviço e facilidade na mudança de operadores.

Conclui-se, assim, que - apesar de o Parlamento Europeu olhar para a neutralidade da *internet* ou da *internet* aberta como um pré-requisito para um ecossistema inovador da *internet*, que garante uma concorrência efetiva e protege os direitos fundamentais dos consumidores – é perfeitamente admissível uma gestão de tráfego e também a existência dos designados "serviços especializados". No entanto, estes apenas podem ser exercidos respeitando certos requisitos como a transparência, devendo assegurar-se que estas práticas não são discriminatórias ou anti concorrenciais (e não devendo, também, representar um obstáculo à *internet* aberta).

Na comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu sobre a Abertura e Neutralidade da Internet na Europa, em Abril de 2011, este órgão apresenta os principais aspetos e questões que rodeiam a neutralidade da *internet*.

Começa por referir que o debate sobre a neutralidade e abertura da *internet* se centra na aplicação de medidas de gestão do tráfego pelos operadores, com a Comissão a mencionar que é do consenso geral que os operadores devem realizar uma gestão do tráfego que corre nas suas redes, de modo a assegurar a eficiência destas.

Isto, porque, com a crescente procura de redes de banda larga e aplicações que requerem um fluxo constante de dados, se corre o risco de haver uma “saturação” da rede, tornando-a não utilizável. Assim, a gestão do tráfego apresenta-se como uma ferramenta necessária para assegurar a fluidez do mesmo, uma vez que pode não verificar-se qualquer prejuízo no atraso de segundos na entrega de um *email*, sendo que, pelo contrário, um atraso de segundos numa videochamada causaria bastante impacto.

A Comissão, nesta comunicação, refere que existem, de facto, preocupações com a possibilidade de uma utilização excessiva destas práticas de gestão do tráfego e, também, uma aplicação abusiva, no sentido de poder ter apenas como objetivo a preferência de um determinado conteúdo, em detrimento de outro.

De acordo com uma consulta pública do ORECE, registaram-se na Europa algumas situações de tratamento desigual pelos operadores, nomeadamente, limitação do débito (condicionamento) da partilha *peer-to-peer* de ficheiros ou do fluxo do vídeo (operadores de França, Grécia, Hungria, Lituânia, Polónia e Reino Unido) e bloqueio ou aplicação de sobretaxa para fornecimento de *VoIP* em redes móveis (por operadores da Áustria, Alemanha, Países Baixos, Portugal e Roménia).

Uma outra preocupação realçada é o risco de as estruturas tarifárias aplicadas beneficiarem apenas as grandes empresas, e constituírem, mesmo, um entrave à entrada no mercado de novas empresas.

A Comissão acaba por referir que, quando se trata da questão da neutralidade da *internet*, o quadro regulatório de 2009 é suficiente para fazer face às situações que possam ser suscitadas.

Salienta, ainda, o importante papel da concorrência, uma vez que só esta permite aos consumidores um acesso a preços acessíveis e a serviços de qualidade, havendo uma correlação direta entre a abertura e neutralidade da *Internet* e o grau de concorrência do mercado.

Esta comunicação também apresenta alguns pontos relativos à proteção dos consumidores, sendo aqui imperativa a transparência e a possibilidade de mudar de operador. Ou seja, os operadores devem fornecer aos consumidores informação adequada e clara sobre as práticas de gestão de tráfego adotadas, não devendo também dificultar a mudança de operador quando os consumidores não concordem com o preço estabelecido ou quando o serviço prestado não se revele eficiente.

A Comissão termina referindo que, de acordo com a Declaração sobre a Neutralidade da *internet*, vai manter-se atenta à evolução das práticas de gestão nos vários Estados membros. Manter-se-á ainda empenhada em manter uma *internet* à qual todos possam ter acesso.

Na Resolução de 17 de Novembro de 2011, sobre a *Internet* aberta e neutralidade na Europa, adotada pelo Parlamento Europeu, são realçados três aspetos importantes.

Primeiro, o Parlamento Europeu começa por descrever um pouco o papel da *internet* na atualidade e a sua importância, sendo que a *internet* apresenta-se hoje como um fator essencial para a economia global (veículo para o desenvolvimento tecnológico e para a inovação), o que se deve ao seu carácter aberto e neutro.

O aumento da procura e da oferta de serviços de banda larga e de aplicações representou um fator importante para o crescimento da livre circulação de conhecimento, ideias e informação.

Tendo em conta todos estes aspetos caracterizadores da *internet*, é possível afirmar que desempenha, hoje, um papel importante no crescimento económico, na criação de emprego e no aumento da concorrência na Europa.

O Parlamento Europeu refere, ainda, que a Europa apenas conseguirá tirar proveito da economia digital através do funcionamento eficiente do mercado digital interno.

Num segundo ponto da Resolução, o Parlamento Europeu tece um comentário sobre as conclusões da Comissão Europeia, na comunicação sobre a abertura e neutralidade da *internet* na Europa, elaborada por esta, acabando também por salientar a importância do seu papel no âmbito da neutralidade da *internet*.

O Parlamento concorda com as conclusões elaboradas pela Comissão, dando especial destaque ao ponto que aborda a necessidade de preservação do carácter aberto e neutro da *internet*, de modo a que esta continue a assegurar serviços de alta qualidade e, ao mesmo tempo, a promover o respeito pelos Direitos Fundamentais.

Partilhando a opinião da Comissão, o Parlamento concorda que, até à presente, não será necessária uma intervenção regulatória adicional, no que respeita ao tema da Neutralidade da *internet*. Contudo, aproveita para chamar atenção para a possibilidade de ocorrerem comportamentos anti concorrenciais, ao serem adotadas medidas de gestão do tráfego (especialmente, nas empresas verticalmente integradas).

Neste sentido, vem solicitar à Comissão que assegure uma aplicação efetiva e coerente do quadro regulatório europeu das comunicações eletrónicas.

Aproveita, também, neste ponto, para salientar a importância da colaboração da Comissão com o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas (doravante designado ORECE) e, também, com os estados-membros, para se conseguir controlar a evolução das práticas de gestão do tráfego, dando especial atenção ao bloqueio, atraso ou aplicação de preços excessivos dos serviços de *VoIP* e de transferência de ficheiros.

É ainda feita referência a uma questão importante, uma vez que o Parlamento Europeu refere que, qualquer solução que seja aplicada para a Neutralidade da *internet*, só será eficaz através de uma abordagem coerente e harmonizada; assim, deve a Comissão acompanhar a adoção das várias regulamentações pelos estados-membros.

Como último ponto da resolução, o Parlamento Europeu destaca o tema da Neutralidade, em si mesmo.

Começa por alertar para os riscos que advêm com os desvios a estes princípios, nomeadamente, comportamentos anti concorrenciais, bloqueio à inovação, limitações à liberdade de expressão e à privacidade.

Este princípio é apresentado na resolução, como um pré-requisito para permitir que a *internet* seja um ecossistema favorável à inovação. No entanto, este princípio só é alcançado se forem respeitados vários requisitos, como uma concorrência efetiva, uma transparência na gestão do tráfego e na qualidade dos serviços e a possibilidade de mudança de operador.

Por outro lado, o Parlamento Europeu vê a necessidade da realização de uma gestão do tráfego, de modo a evitar o congestionamento da rede. Assim, fica a cargo das ARNs, utilizando os poderes concedidos pela Diretiva do Serviço Universal, assegurar a qualidade dos serviços e que as práticas de gestão de tráfego adotadas não são anti -concorrenciais.

Opinião do Comité económico e Social sobre a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e social e ao Comité das Regiões: “A Internet aberta e a Neutralidade da Rede na Europa”

O Comité começa por apresentar a sua opinião sobre a Comunicação da Comissão, referindo que esta é bem-vinda, mas adiantando que esta comunicação não correspondeu às suas expectativas.

O Comité salienta que a Comissão aponta exemplos de algumas situações. Apoia-se na consulta pública feita pelo ORECE, que apresenta vários casos em vários estados-membros, em que os operadores têm vindo a bloquear, atrasar ou a cobrar preços excessivos, que constituem violações a este princípio. No entanto, não toma nenhuma atitude, limitando-se a adotar uma abordagem passiva de monitorização da evolução das práticas de gestão do tráfego, tal como prometeu na Declaração sobre a abertura e neutralidade da *internet* na Europa.

A Comissão considera que, por agora, não se deverá tomar qualquer ação. Pelo contrário, o Comité acredita que este assunto é de extrema importância e que não podem prevalecer abordagens passivas. Assim, recomenda que deve ser elaborado (para depois serem inseridos no direito europeu) um conjunto de princípios sobre a abertura e neutralidade da *internet*.

Uma ação imediata, nesta área, é decisiva para se atingir os objetivos da Agenda Digital Europeia, defende o Comité.

Terminada, assim, a breve análise que o Comité faz da Comunicação da Comissão, este apresenta a sua opinião sobre os princípios da abertura e neutralidade da *internet* e sobre a sua importância no atual contexto socioeconómico.

O princípio da abertura da *internet* está diretamente relacionado com a capacidade demonstrada pelos utilizadores relativamente a uma ligação livre e sem restrições à *Internet* pública.

É referido que, uma vez estabelecida a ligação à *internet* pública, não é necessário pedir autorização ou pagar adicionalmente aos fornecedores de serviços de *internet* para ser possível conectar-se com outros utilizadores em linha.

O Comité considera que, na realidade, hoje em dia, grande parte da *internet* pública já não é aberta, existindo cada vez mais países, operadores e empresas que limitam o acesso à mesma.

O princípio da neutralidade da *internet* tem a sua origem no princípio da abertura da *internet*. Este princípio implica que as empresas fornecedoras de serviços de *internet* devem tratar todo o tráfego do mesmo modo, sem discriminação entre diferentes tipos de tráfego.

O comité encara estes princípios como veículos para o crescimento económico, para a participação democrática, para a liberdade de expressão, referindo, ainda, que os mesmos representam o futuro dos serviços da *internet* na Europa, sendo que as políticas que representem desvios a este princípio favorecem apenas as grandes empresas.

Desta opinião proferida pelo Comité Económico e Social europeu, resulta claro que este órgão e a comissão perspetivam a questão da abertura e neutralidade da *internet* na Europa de formas diferentes.

A Comissão, partindo de uma abordagem mais passiva, refere que a transposição do quadro regulamentar das comunicações eletrónicas para os estados-membros confere bastante proteção em relação às questões da abertura e neutralidade da *internet*.

O comité, por outro lado, defende uma posição mais ativa, acreditando que devem ser definidos princípios referentes à abertura e neutralidade da *internet*, de modo a que possam ser inseridos na legislação europeia.

Uma vez que estes conceitos não se encontram atualmente definidos de forma clara e transparente no Direito da União Europeia, apenas existindo uma menção indireta à abertura da *internet* nos artigos 1º, al. a) e artigo 8º, nº 4, al. g) da Diretiva Quadro. Assim, no seguimento deste ponto, o comité, baseando-se nas orientações norueguesas para a neutralidade, vem propor que a definição dos princípios deveria conter vários elementos.

Estes elementos são os seguintes: A liberdade e qualidade de acesso à *internet* (isto é, a criação de uma norma comum para a qualidade mínima do serviço); a não discriminação entre os diferentes fluxos de tráfego da *internet* (criação de uma regra geral propondo que não pudesse haver distinção entre os diferentes tipos de tráfego, podendo contudo haver exceções a esta regra); a supervisão de mecanismos de gestão de tráfego da *internet* (os

fornecedores de serviços de *internet* poderão utilizar mecanismos de gestão do tráfego se respeitarem os princípios gerais de relevância, proporcionalidade, eficiência, não discriminação entre as partes e transparência); uma maior transparência perante os utilizadores finais e um conjunto definido de informação normalizada (isto é, disponibilização de informação clara sobre serviços e aplicações, qualidade do serviço, eventuais limitações e práticas de gestão de tráfego).

O Regulamento 2015/2120 e as Orientações gerais do ORECE

O Regulamento 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho tem como objetivos garantir o tratamento equitativo e não discriminatório do tráfego, na prestação de serviços de acesso à *internet*; proteger os direitos dos utilizadores finais e garantir o funcionamento do ecossistema da *internet* como motor de inovação.

O Regulamento vê assim a *internet* como um meio que incentiva à inovação, possuindo poucos obstáculos ao acesso dos utilizadores finais, dos fornecedores de conteúdos e aplicações e dos fornecedores de serviços de *internet*.

Assim, como consequência, é adotado um quadro regulamentar que tem como objetivo proteger a capacidade de os utilizadores finais acederem à informação, partilharem informação e ideias ou utilizarem um serviço à sua escolha.

De acordo com o presente regulamento, os prestadores de serviços de acesso à *internet* estão em cumprimento com as suas obrigações, desde que assegurem o acesso à *internet* de acordo com o princípio “*end-to-end*”, isto é, sempre que possibilitem a conectividade com todos os pontos terminais da *internet* (sendo que, por vezes, será impossível assegurar esta ligação com todos os pontos terminais, tal não implicando, no entanto, uma violação das disposições do regulamento).

Como regra geral, e de acordo com o artigo 3º, nº 3, o regulamento dita que os prestadores de serviços de acesso à *internet* devem tratar todo o tráfego de forma equitativa.

No entanto, de acordo com o mesmo artigo, os prestadores de serviços de acesso à *Internet* poderão aplicar medidas razoáveis de gestão do tráfego, mas essas medidas deverão obedecer a um conjunto de requisitos. Deverão ser: transparentes; proporcionais; não discriminatórias; baseadas em fundamentos técnicos e não comerciais e definidas por um objeto que não o do controlo de conteúdos específicos.

O regulamento (artigo 3º, nº 3, 3º parágrafo) ainda estabelece como regra a proibição de bloquear, abrandar, alterar, restringir ou degradar conteúdos, aplicações ou serviços específicos. A adoção das medidas referidas anteriormente implica assim uma clara violação das disposições do regulamento, a não ser que tal suceda para o cumprimento de um ato legislativo da União Europeia ou da legislação nacional; para a preservação da integridade e da segurança da rede; ou para prevenção do congestionamento da rede.

Também é permitido aos prestadores de serviços de acesso à *internet* a oferta de serviços especializados, desde que a capacidade da rede seja suficiente para fornecer esses serviços e o acesso à *internet*; e desde que tais serviços não sejam oferecidos em substituição dos serviços de acesso à *internet*, nem que saia afetada a qualidade dos serviços de acesso à *internet* (artigo 3º, nº 5).

O artigo 4º vem impor obrigações de transparência sobre aos prestadores de serviços de acesso à *internet*, isto é, estes devem fornecer aos utilizadores finais informação clara acerca do impacto das medidas de gestão de tráfego; do impacto sobre a limitação do volume e velocidade; do impacto que a oferta de serviços especializados poderá ter no serviço de acesso à *internet* e informação do débito mínimo, do débito normalmente disponível, do débito máximo e do débito anunciado para descarregamentos e carregamentos dos serviços de acesso à *internet*, nas redes fixas, ou da estimativa do débito máximo e do débito anunciado para descarregamentos e carregamentos dos serviços de acesso à *internet*, nas redes móveis.

Como consequência da publicação do Regulamento 2015/2120, do Parlamento Europeu e do Conselho, **o ORECE elabora as orientações gerais para aplicação do referido Regulamento.**

Estas orientações gerais funcionam assim, para as ARNs, como um guia relativamente à aplicação do regulamento, de modo a que se verifique uma aplicação coerente do mesmo. Assim, as disposições do regulamento não podem ser alteradas por este documento.

O relatório elaborado pelo ORECE, do qual resultaram as orientações gerais, teve como objetivo verificar a forma como as ARNs implementaram as disposições do regulamento nos vários estados-membros, permitindo ao ORECE chegar a várias conclusões.

Registou-se uma aplicação coerente do Regulamento, significando que as várias ARNs dos estados membros aplicaram medidas para implementar as disposições do mesmo, o que

demonstra a preocupação das ARNs em seguir os princípios essenciais da neutralidade da *internet*.

Do estudo realizado pelo ORECE, foram identificadas ofertas de *zero-rating* por vários Estados membros (sendo estas ofertas mais comuns nas aplicações de *streaming* de música e de redes sociais). Também se verificou que, apesar da vigência do regulamento, ainda existem fornecedores de serviços de *internet* que não fornecem a informação sobre a velocidade da *internet*, nos contratos.

6.2. A neutralidade da internet nos EUA

O debate no âmbito da neutralidade de *Internet* surge nos Estados Unidos, quando o regulador das comunicações eletrónicas, a *Federal Communications Commission* (doravante designado por *FCC*), pretende classificar o serviço de acesso à *Internet* por banda larga como um serviço de telecomunicações, ao invés de um serviço de informação, como era classificado até então.

Os serviços de telecomunicações estão sujeitos a um maior nível de regulação e esta alteração permitiu ao FCC impor aos PSAIs regras respeitantes do princípio da neutralidade da rede.

Em 2005, outro marco importante foi o facto de o autor Tim Wu utilizar pela primeira vez a expressão “*net neutrality*”, num artigo chamado “*Network Neutrality, Broadband Discrimination*”, para a revista do direito das telecomunicações e das tecnologias de ponta.

Em 2010, com o objetivo de assegurar a *internet* como uma plataforma para a inovação, crescimento económico, liberdade de expressão e concorrência, o FCC promulga um conjunto de regras sobre a neutralidade da *internet*, designado *Open Internet Order*.

Deste modo, o FCC estabelece três princípios fundamentais que pautam a neutralidade da *Internet* e aos quais os fornecedores de serviços de banda larga devem obedecer. Estes são:

O princípio da **transparência**, que refere que os fornecedores de serviços de banda larga fixa ou móvel devem divulgar informações claras e completas sobre as práticas de gestão do tráfego aplicadas, as características do desempenho dos seus serviços e os termos e condições dos serviços de banda larga.

O princípio da **proibição do bloqueio**, que refere que os fornecedores de serviços de banda larga não podem bloquear conteúdos ou aplicações lícitas ou equipamentos não prejudiciais.

Já os fornecedores de serviços de banda larga móvel não podem bloquear *websites* lícitos ou aplicações que sejam concorrentes com os seus serviços de vídeo ou voz.

Por último, o princípio da **proibição de aplicação de discriminação não razoável**, isto é, os fornecedores de serviços de banda larga fixa não podem aplicar ao tráfego lícito da *internet* medidas de discriminação não razoáveis.

O FCC vem realçar a importância da defesa da abertura da *internet*, uma vez que esta conduz ao crescimento do investimento, da concorrência e da liberdade de expressão. Após a sua análise, constatou que, nos Estados Unidos, esta realidade não era um dado adquirido, tendo sido registadas várias ameaças à abertura da *internet*.

Chega-se à conclusão de que os fornecedores de serviços de banda larga têm incentivos para adotar práticas que ponham em risco a abertura da *internet*. Ou seja, podem ter incentivos económicos para bloquearem fornecedores de conteúdos ou aplicações específicas; incentivos para cobrarem taxas adicionais aos fornecedores de conteúdos e aplicações, para um acesso prioritário aos seus utilizadores finais, de modo a aumentarem os seus lucros e, finalmente, incentivos a não aumentar (ou mesmo diminuir) a qualidade de serviço do tráfego não prioritário.

O FCC vem também defender que, para haver um serviço de *internet* eficiente, deverá ser possível que os fornecedores de serviços de banda larga façam uma gestão do tráfego. No entanto, esta gestão deverá ser razoável e adequada, para atingir objetivos legítimos de gestão do tráfego (respeitante dos princípios essenciais da neutralidade da *internet* suprarreferidos). Assim, existe, no quadro regulatório estadunidense, um equilíbrio em que se permite a realização da gestão do tráfego, mas assegurando que não sejam adotadas práticas prejudiciais por parte dos fornecedores de serviços de banda larga.

No que respeita à oferta de “serviços especializados”, o FCC considera que podem ser uma mais-valia para os utilizadores e para o investimento; no entanto, deverá haver algum cuidado, pois estes poderão representar um risco para a abertura da *internet*, pelo que o FCC se propõe a monitorizar a oferta destes serviços e os seus efeitos na banda larga.

6.3. Conclusões

Conclui-se, assim, uma análise do enquadramento regulatório dado ao tema da neutralidade da rede, na União Europeia e também nos Estados Unidos. Cabe-nos agora estabelecer uma comparação entre ambos os regimes.

Desde logo, importa referir que foi nos Estados Unidos que primeiro surgiu a preocupação com a abertura e a neutralidade da *internet*.

O FCC, com a “*Open Internet Order*”, preocupa-se em estabelecer princípios que devem ser obedecidos pelos fornecedores de serviços de banda larga, de modo a proteger uma *internet* aberta e neutra; esta preocupação é consequência do aparecimento de desvios ao princípio da neutralidade, algo que o regulador das comunicações eletrónicas estadunidense considera ser um importante risco para o crescimento económico, para o funcionamento da plena concorrência e, também, para a proteção dos direitos fundamentais dos utilizadores finais.

Assim, nos Estados Unidos, adota-se uma posição proactiva para lidar com este problema, impondo-se aos fornecedores de serviços de banda larga uma obrigação de respeito pelos princípios impostos pelo regulador.

No entanto, também aqui existem vozes que não encaram esta regulação de uma forma otimista, referindo que um excesso de regulação poderá ter consequências ainda mais gravosas.

Já na Europa, é com as alterações aplicadas, em 2009, ao quadro regulatório das comunicações eletrónicas que se começa a tratar da neutralidade da *internet*.

São de apontar alguns diplomas fundamentais: a Comunicação realizada pela Comissão, em Abril de 2011, a Resolução do Parlamento Europeu, de 07 de Novembro de 2011, e a Resolução de 17 de Novembro de 2011, que deixam clara a posição destes órgãos da União Europeia sobre este tema.

De acordo com estes órgãos, apesar de se reconhecer primeiro a importância, para o contexto socioeconómico atual, da existência de uma *internet* aberta e tendo em conta os riscos incorridos com os desvios ao princípio da neutralidade da *internet* (sendo, aliás, reconhecido que, na Europa, já houve registo de situações de desvio a este princípio), chega-se à conclusão de que, até a esta altura, não seria necessária uma regulação adicional sobre a *internet*.

Ao contrário, no contexto europeu, opta-se por uma atitude mais passiva; embora se reconheçam os riscos que se podem correr com a violação deste princípio, não será necessário adotar uma regulação específica. Assim, a comissão fica incumbida de monitorizar a evolução das práticas de gestão do tráfego adotadas pelos estados-membros e de garantir a aplicação do quadro regulatório às comunicações eletrónicas europeias.

Esta posição passiva foi depois criticada pelo Comité Económico e Social. Este refere que a posição passiva adotada não poderá persistir, tornando-se necessária a adoção de princípios essenciais de proteção da neutralidade da *internet*, indo assim ao encontro da lógica que fora adotada nos Estados Unidos.

Creio que esta perspetiva mais proactiva é introduzida com o Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, em 2015, que apresenta como princípios fundamentais o respeito pelo tratamento equitativo do tráfego, a proibição de aplicação de bloqueio, de abrandamento ou de degradação de conteúdos ou aplicações específicas.

É possível constatar que os Estados Unidos e a União Europeia têm, inicialmente, abordagens distintas da forma como resolver esta questão. Isso deve-se, em grande parte, ao facto de que existem estruturas de mercado diferentes. Por exemplo, o mercado da banda larga fixa dos Estados Unidos é constituído por duopólios, ao passo que a Europa apresenta mais fornecedores de serviços de banda larga. Por outro lado, nos Estados Unidos, o Direito da Concorrência mostrou-se ineficaz para resolver alguns problemas.⁵³

Contudo, por outro lado, também é possível apontar vários aspetos semelhantes na forma como os Estados Unidos e a União Europeia asseguraram a proteção da neutralidade da *internet*.

A proibição geral de aplicação de bloqueio, abrandamento de conteúdos/aplicações específicas patente no regulamento supra mencionado (artigo 3º, nº 3, 3º parágrafo) e na “*Open Internet Order*” permite concluir que as medidas que visam conteúdos específicos implicam um claro desvio ao princípio da neutralidade, uma vez que se verifica um tratamento diferente dado, por exemplo, a uma determinada aplicação relativamente a outra semelhante.

Em ambos os casos, é dada aos fornecedores de serviços de *internet* a possibilidade de aplicação de medidas de gestão do tráfego, desde que estas sejam medidas razoáveis e necessárias para garantir o funcionamento eficiente da *internet*, sendo a gestão razoável do tráfego vista como essencial para garantir o funcionamento da *internet*.

⁵³ Mr. J. Scott Marcus, (et. al.) (...) - “*Network Neutrality: Challenges and responses in the EU and in the U.S.*” Maio de 2011, <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=EN>.

Com esta possibilidade, surgem obrigações de transparência, sendo que os fornecedores de serviços de *internet* devem informar os utilizadores finais sobre as medidas de gestão do tráfego aplicadas e sobre o efeito que tais medidas surtem no tráfego da *internet*.

No que respeita à oferta de serviços especializados, o regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho vem dizer, no artigo 3º, nº 5, que é permitida aos fornecedores de serviços de *internet* a oferta destes serviços; no entanto, estão condicionados ao respeito de requisitos de capacidade e de qualidade.

Já o regulador estadunidense entende que a oferta de serviços especializados poderá ser uma mais-valia para os utilizadores finais mas, também, poderá representar um risco para a abertura da *internet*.

O autor Pierre La Rouché explica⁵⁴ que o FCC abre uma exceção aos princípios elaborados quando permite a oferta de serviços especializados. Para o regulador estadunidense o conceito de *internet* aberta não abrange este tipo de serviços. Assim, Pierre La Rouché refere que estes serviços partilham a capacidade de tráfego com a *internet* pública (ou *internet* aberta), podendo ser dada prioridade a estes serviços ou até serem contemplados com uma melhor qualidade de serviço. Esta possibilidade diminui, assim, o valor do conceito de *internet* pública apresentado pelo FCC, o que faz com que La Rouché defenda que, neste caso, se está em presença de uma lacuna.

No mesmo artigo, o autor apontou como uma diferença importante entre os dois panoramas. O facto de o FCC considerar a oferta de diferentes qualidades de serviço como indesejável, salvo se for aplicada apenas como uma exceção. Na Europa, a Comissão Europeia adota a posição oposta, considerando que a oferta de diferentes qualidades de serviço pode ser possível, desde que não implique uma violação do direito à concorrência.

⁵⁴ La Rouché, Pierre – “*Network Neutrality: The Global Dimension*” p. 16.

7. Desvios ao princípio da neutralidade da internet

7.1. Serviços especializados

Em 2012, nas Orientações Gerais para a qualidade de serviço no âmbito da neutralidade da *internet*⁵⁵, o ORECE refere que podem ser prestados dois tipos de serviços, no que respeita à capacidade de transmissão da ligação de banda larga ao utilizador final.

Estes são os serviços de acesso à *internet* que fornecem a ligação à *internet* pública e os serviços especializados que se baseiam em restrições no acesso e numa larga utilização de técnicas de gestão do tráfego. Assim, a existência destes dois serviços caracteriza o modelo de serviço da neutralidade da *internet*.

O artigo 3º, nº 5, do Regulamento 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho, refere que estes “*são serviços diferentes dos serviços de acesso à internet que estejam otimizados para conteúdos, aplicações ou serviços específicos, ou para uma combinação dos mesmos caso a otimização seja necessária para respeitar os requisitos dos conteúdos, aplicações ou serviços para um nível de qualidade específico*”.

O ORECE, nas orientações de implementação do regulamento⁵⁶, dá como exemplo os serviços de telemedicina (por exemplo, a cirurgia remota).

De acordo com a leitura do artigo acima mencionado, é possível concluir que os fornecedores de serviços de acesso à *internet* têm liberdade na oferta destes serviços⁵⁷.

O ORECE, nas orientações gerais, conclui que a oferta destes serviços não está dependente de uma autorização prévia. No entanto, a oferta destes serviços está sujeita a vários requisitos referidos no 2º parágrafo do artigo supra mencionado do regulamento, isto é, os fornecedores de serviços de acesso à *internet* deverão ter capacidade suficiente para fornecer estes serviços e, também, os serviços de acesso à *internet*, segundo o ORECE. Neste caso, as ARNs devem assegurar que os fornecedores de serviços de acesso à *internet* têm capacidade suficiente, de

⁵⁵ ORECE, Práticas Gerais para a qualidade de serviço no âmbito da neutralidade da *internet*. http://berrec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berrec/download/0/1101-berrec-guidelines-for-quality-of-service-0.pdf.

⁵⁶ ORECE, Práticas Gerais sobre a implementação pelas ARNs das regras europeias sobre a neutralidade da *internet*. http://berrec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berrec/regulatory_best_practices/guidelines/6160-berrec-guidelines-on-the-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules.

⁵⁷ Serviços estes que necessitam de níveis específicos de qualidade que não são garantidos pela oferta de serviços de acesso à *internet*, que funcionam de acordo com a abordagem *best effort*.

modo a não conduzir a uma degradação da rede; que estes serviços especializados não podem ser oferecidos em substituição dos serviços de acesso à *internet* e, por último, que a oferta destes serviços não coloque em causa a qualidade do fornecimento dos serviços de acesso à *internet*.

Pelo regulamento, incumbe às ARNs o papel de monitorizar a oferta destes serviços, de modo a evitar que esta tenha apenas como objetivo a discriminação de determinados conteúdos em relação a outros.

Para realizar esta tarefa, o ORECE vem esclarecer que as ARNs podem pedir aos fornecedores de serviços informação sobre a oferta dos serviços especializados, sendo que estes devem fornecer às ARNs a informação essencial sobre os requisitos aplicados à qualidade de serviços e, também, sobre os requisitos contratuais aplicados.

O autor Frode Sørensen⁵⁸ refere que este modelo de serviços acima identificado tem como objetivo “atingir um equilíbrio no âmbito da neutralidade da internet, ou seja, visa assegurar a proteção do princípio da neutralidade da internet mas também assegurar abordagens alternativas à qualidade de serviço e também modelos de negócio de serviços especializados.”

No entanto, a possibilidade de os fornecedores de serviços poderem oferecer este tipo de serviços fez surgir inúmeras preocupações, no que respeita ao impacto sobre o princípio da neutralidade da *internet*.

Dando como exemplo o caso estadunidense, anteriormente analisado, o autor Pierre La Rouche⁵⁹ referiu que, apesar do regulador estadunidense ser pró-ativo na determinação das regras que asseguram a proteção da neutralidade da *internet*, acaba por abrir espaço a uma grande área cinzenta, ao permitir a oferta destes serviços, o que conduz a uma diminuição no valor do conceito de neutralidade da *internet*.

Com a evolução tecnológica a que se assiste na plataforma da *internet*, deve ter-se consciência de que nem todos os serviços ou aplicações conseguem funcionar eficazmente, dentro da *internet* pública, que é fornecida pelos serviços de acesso à *internet*. Assim, de modo a não interferir com o próprio funcionamento eficiente da *internet*, existem serviços

⁵⁸ Sørensen, Frode - “*Specialized Services and the Net Neutrality Service Model*”, Net Neutrality Compendium, Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet, p. 102, 2016.

⁵⁹ La Rouche, Pierre - “*Network Neutrality: The Global Dimension*” p. 16.

que necessitam de um nível específico de qualidade de serviço, que não pode ser assegurado pela *internet* pública.

Aqui, nasce então a necessidade de se levar a cabo uma gestão do tráfego e, também, a possibilidade de os fornecedores de serviços de acesso à *internet* oferecem serviços especializados.

Dois grandes exemplos surgem para comprovar a necessidade destes serviços, como a telemedicina (por exemplo, a cirurgia remota) e a condução remota de automóveis. Estes são dois serviços aos quais deve estar sempre alocado um nível específico de qualidade de serviço, sob o risco de não conseguirem funcionar plenamente.⁶⁰

A controvérsia em torno deste tema fica a dever-se ao facto de se estar a falar de serviços que são oferecidos a par dos serviços de acesso à *internet*. Ou seja, serviços que existem a par da *internet* aberta (que não oferece garantias de qualidade de serviços). Coloca-se, assim, a questão da hipótese de estes serviços poderem implicar a criação de uma divisão da *internet* em duas vias: uma via normal e aberta e uma via, apenas para aqueles que lhe podem aceder.

Este eventual fosso irá também dividir os consumidores em categorias: uma *internet* para “os ricos” (que têm meios para aceder a este tipo de serviços e também à *internet* pública) e uma *internet* para “os pobres”, que só poderão ter acesso à *internet* pública (que, para além de não lhes oferecer qualidade de serviço, também não garante que todos os pacotes de dados a correr na rede sejam entregues).

A Professora da Universidade de Harvard, Susan Crawford, apresenta um exemplo do impacto negativo destes serviços, afirmando que esta oferta permite que um fornecedor de serviços argumente que o seu serviço de vídeo é um serviço especializado, podendo assim fornecê-lo à custa de outros serviços e aplicações de vídeo.⁶¹

Concluindo, a oferta de serviços especializados é hoje uma realidade, apesar de estar condicionada a certos requisitos, requisitos estes que têm como objetivo a proteção da integridade do princípio da neutralidade da *internet*.

⁶⁰ Mostrando, assim, como os serviços especializados podem ser um instrumento essencial para a inovação.

⁶¹Fung, Brian - “Some net neutrality advocates are worried about this small loophole in the FCC’s rules.” Março de 2015, https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2015/03/25/the-small-loophole-net-neutrality-advocates-fear-in-the-fcc-rules/?utm_term=.b3e934383042.

O ORECE afirma que estes serviços manter-se separados dos serviços de acesso à *internet*, de modo a não prejudicar a neutralidade da *internet*.

Defendo que a oferta destes serviços é, por um lado, essencial ao desenvolvimento e inovação tecnológica (como se vê no caso da telemedicina) e, por outro, o constrangimento da possibilidade de oferta do mesmo implicaria, assim, uma limitação à inovação, que é um dos objetivos que a neutralidade da *internet* visa assegurar.

Por outro lado, existe também a possibilidade de este tipo de serviços representar uma ameaça à integridade do mesmo princípio, uma vez que, se aplicado com intenções de dar prioridade a certos conteúdos, poderá conduzir a uma fragmentação da *internet*, havendo diferentes níveis de acesso para diferentes consumidores.

Assim, reitero o defendido pelo ORECE, no sentido em que deve haver uma separação entre estes serviços e aqueles oferecidos na *internet* pública; todavia, não creio que a existência deste tipo de serviços signifique sempre uma diminuição no valor do princípio da neutralidade da rede.

Este princípio, inserido num âmbito tecnológico, está inevitavelmente sujeito a uma constante transformação e evolução. Uma *internet* que não veja assegurada a qualidade de determinados serviços não vai ao encontro das expectativas do consumidor atual.

7.2. Zero Rating

De acordo com o ORECE, o *zero rating* é a prática pela qual um fornecedor de serviços de acesso à *internet* aplica preço zero ao tráfego associado a uma determinada aplicação ou categoria de aplicações, sendo que a utilização desta mesma aplicação não conta para o limite de dados.⁶²

Portanto, trata-se, neste ponto, de acordos comerciais entre os fornecedores de serviços de acesso à *internet* e os fornecedores de conteúdos e aplicações, dos quais resulta uma isenção de custos para a utilização destes conteúdos.

A aplicação de preços de acordo com a utilização do utilizador ou o limite da utilização da *internet* a um plano de dados mensais são condições essenciais para as práticas *zero-rating*.⁶³

⁶² ORECE - “What is Zero Rating?” http://berec.europa.eu/eng/netneutrality/zero_rating/.

⁶³ Os autores Erik Stallman e R. Stanley Adams, IV referem que “faz pouco sentido as práticas *zero-rating* onde existe banda larga limitada, sem a aplicação de preços baseados na utilização pelo consumidor, todo o conteúdo acaba por ser *zero-rated*”. Stallman, Erik e Adams, R. Stanley IV - “Zero-Rating: A Framework

*“Este modelo de preço baseado na utilização pelo consumidor tem sido muitas vezes justificado como uma maneira de combater o problema da congestão e como uma forma de recuperar os custos da construção e funcionamento das redes de banda larga.”*⁶⁴

Ainda cabe referir que este tipo de práticas pode existir em todos os tipos de rede que possuam as limitações referidas atrás. Contudo, a prática permite-nos concluir que grande parte do debate sobre esta temática se centra na aplicação de ofertas *zero-rating* nas redes móveis, tendo como alvo principal a comunidade jovem.

7.2.1 Enquadramento regulatório

É uma das práticas mencionadas no Regulamento 2015/2120 (também designado Regulamento *Telecom Single Market*) no artigo 3º, nº 2, que se passa a citar:

“2. Os acordos entre os prestadores de serviços de acesso à internet e os utilizadores finais sobre as condições comerciais e técnicas e sobre as características dos serviços de acesso à Internet, tais como preços, volumes de dados ou velocidade, e quaisquer práticas comerciais utilizadas por prestadores de serviços de acesso à internet, não limitam o exercício do direito dos utilizadores finais previsto no nº 1.”

Assim, numa primeira análise, é de referir que tais acordos podem ser possíveis desde que não limitem os direitos dos utilizadores finais, previstos no nº 1 do mesmo artigo, isto é, o direito de aceder a informações e conteúdos, de os distribuir e utilizar e de fornecer aplicações e serviços.

No que diz respeito à possibilidade de práticas como o *zero rating*, o ORECE refere que o regulamento não proíbe este tipo de ofertas. No entanto, a sua admissibilidade deve ser aferida caso a caso.

Assim, o ORECE refere que existem diferentes tipos de práticas *zero rating*: umas claramente proibidas pelo regulamento, como por exemplo as que bloqueiam as outras aplicações (não abrangidas pelo *zero rating*) assim que se atinge o limite de dados, e outras, cuja admissibilidade não é clara, devendo as ARNs avaliar estas práticas, de acordo com os critérios impostos pelo regulamento.

for accessing benefits and harms.” Janeiro de 2016, p. 3. <https://cdt.org/insight/zero-rating-a-framework-for-assessing-benefits-and-harms/>.

⁶⁴ Idem, p. 3.

Os critérios, apontados pelo ORECE e que as ARNs deverão ter em conta são os seguintes: os princípios básicos do regulamento (não tratamento discriminativo do tráfego); a posição de mercado dos fornecedores de serviço e dos fornecedores de conteúdos e aplicações; os efeitos para os utilizadores finais e ainda a dimensão da prática e a possibilidade de os utilizadores finais terem acesso a outras ofertas.⁶⁵

7.2.2. *Zero-rating e a Neutralidade da Rede*

De acordo com o que foi anteriormente dito a respeito destas práticas e também acerca do próprio princípio da neutralidade da rede, é possível apontar, desde logo, algumas incompatibilidades entre estes dois conceitos, uma vez que o *zero-rating* tem a finalidade de dar prioridade a determinados conteúdos em detrimento de outros, o que, por sua vez, contradiz diretamente o próprio fundamento da neutralidade da rede como sendo o tratamento indiferenciado de todo o tipo de tráfego, independentemente da sua fonte, conteúdo, equipamento, recipiente e destinatário.

Assim, os paladinos da *internet* aberta e neutra defendem que a própria definição de *zero rating* implica um desvio ao princípio da neutralidade da *internet*.⁶⁶

No que diz respeito a desvios a este princípio, podem ser de dois tipos: De ordem tecnológica, sendo o melhor exemplo o bloqueio de determinadas aplicações; e de ordem económica, uma discriminação ao nível dos preços, que torna determinados conteúdos mais atrativos que outros, como é o caso do *zero-rating*.

Ora, a prática de fornecer este tipo de aplicações a zero custo, ao passo que o utilizador tem de pagar um montante pela utilização de outras, motiva que determinados autores afirmem que se está aqui perante uma discriminação de preços das aplicações e/ou serviços.⁶⁷

Seguindo, assim, uma lógica mais pura do princípio da neutralidade da rede, as práticas como o *zero rating* colidem diretamente com o funcionamento eficaz deste princípio. No entanto,

⁶⁵ ORECE, “What is Zero Rating?” http://berec.europa.eu/eng/netneutrality/zero_rating/.

⁶⁶ O Professor Arturo J. Carrillo refere que, sendo que a própria definição de *zero rating* viola o princípio da Neutralidade da Rede, a questão que se deve colocar é se estas práticas devem ser permitidas e quando. Carrillo, Arturo J. - “*Having your cake and eating it too? Zero-rating, net neutrality, and International Law*”, 2016, p. 368. <https://law.stanford.edu/publications/having-your-cake-and-eating-it-too-zero-rating-net-neutrality-and-international-law/>.

⁶⁷ McNamee, Joe e Pérez, Maryant Fernández - “*Net Neutrality: An Analysis of the European Union’s Trialogue Compromise*” in Net Neutrality Compendium, Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet, 2016, p. 189.

como se pode ver pelo que foi dito sobre o enquadramento regulatório, estas práticas não são proibidas, sendo permitidas desde que obedeçam aos vários requisitos impostos.

Olhando para os efeitos mais evidentes deste tipo de práticas, conclui-se que há uma redução da abertura da *internet* para os utilizadores, uma vez que é “*uma prática adotada pelo fornecedor de serviços de acesso à internet que em última medida é quem decide não só como aplicar exceções ao limite de dados mensais, mas também o tamanho deste limite e os termos e condições dos pacotes de dados*”⁶⁸.

Este tipo de ofertas é por vezes difícil de recusar pelos utilizadores. Em primeiro lugar, como a maior parte dos consumidores atribui maior importância ao fator preço, é benéfico poderem utilizar um conjunto de determinadas aplicações sem custos adicionais para o limite de dados mensais. Para além disso, a maior parte destes pacotes de dados visam aplicações que são hoje mais utilizadas pelos consumidores, como seja o *Facebook*.

Poder-se-á mesmo argumentar que se trata como que de uma escolha prévia dos conteúdos e serviços a que os consumidores têm acesso pelos fornecedores de serviços, estando-se, desse modo, a reduzir a possibilidade de escolha aos consumidores.

Se se pensar nas práticas de *zero rating* que isentam certas aplicações da contagem de dados, e tendo em conta aquilo que foi referido anteriormente, essas aplicações ou conteúdos serão aqueles que os utilizadores mais procuram, uma vez que, só assim, os fornecedores destes pacotes conseguirão angariar mais subscritores, registando-se uma diminuição do incentivo aos consumidores no sentido de recorrerem a conteúdos fora do leque de serviços e aplicações *zero-rating*.

Esta prática acaba por entrar em rota de colisão com o direito de o utilizador aceder a todos os conteúdos da *internet* sem qualquer incentivo que o direcione para a utilização exclusiva de determinadas aplicações.

Além disso, este fator reveste-se ainda de uma importância acrescida se se pensar que, hoje em dia, o consumidor desempenhar também um papel essencial como criador de conteúdos.

Por outro lado, a oferta de determinados serviços a *zero-rating* também poderá ser caracterizada como uma prática anti concorrencial. “*Sempre que os agentes económicos,*

⁶⁸ Stallman, Erik e Adams, R. Stanley IV - “*Zero-Rating: A Framework for accessing benefits and harms.*” p. 10.

*através das respetivas condutas, procuram falsear ou adulterar o funcionamento dos mercados, pode estar-se perante práticas restritivas da concorrência.”*⁶⁹

Isto, porque apenas se favorece empresas que celebram acordos com os fornecedores de serviços de acesso à *internet*. Ou seja, estas práticas revelam-se vantajosas somente para as grandes empresas já estabelecidas no mercado, colocando, por outro lado, em risco as *start ups* que querem entrar no mercado. Para além disso, colocam ainda maiores riscos para a neutralidade da rede, sempre que o fornecedor de serviços de acesso à *internet* aplica o *zero-rating* às suas próprias aplicações (pense-se, por exemplo, numa aplicação de *VoIP* pertencente à própria operadora, que é diretamente concorrencial com aplicações como o *Skype*).

A longo prazo, os fornecedores de serviços de acesso à *internet* (especialmente nas redes móveis) podem ser incentivados a reduzir o limite de dados mensais que o utilizador possui, para ter acesso a todos os conteúdos da *internet*, e a aumentar as suas ofertas de *zero-rating*.

Os defensores das ofertas *zero-rating* argumentam que a possibilidade de oferecer este tipo de serviços permite fazer face, de forma mais eficiente, à procura do consumidor, apresentando-se assim como uma forma de liberdade económica dos fornecedores de serviços de acesso à *internet*.

Por outro lado, práticas como o *zero-rating* podem ser aliados da inovação tecnológica, já que podem permitir a oferta de serviços essenciais para o consumidor sem qualquer gasto de dados - imagine-se o caso dos serviços de saúde e dos serviços do estado.

No entanto, na defesa de práticas *zero-rating*, o argumento mais comum é o facto de este levar a uma crescente ligação à *internet*, tendo maior relevância em países em desenvolvimento, onde a ligação à *internet* é escassa (na Zâmbia, a percentagem de ligação à *internet* é igual a 2%).

Falando, novamente, nas externalidades da rede, a oferta de serviços a *zero-rating* permite, nestes países, uma maior ligação das pessoas, o que, por sua vez, também aumenta o valor da própria rede.

⁶⁹ Autoridade da Concorrência - “Práticas Restritivas da Concorrência”.

http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Paginas/Praticas-restritivas-da-concorrenca.aspx.

7.2.3. Diferentes tipos de Zero-Rating

As ofertas *zero-rating* podem assumir diferentes formas.

A ANACOM refere que existem práticas que, apesar de não disponibilizarem conteúdos e/ou aplicações de forma gratuita, produzem efeitos semelhantes, sendo disso exemplo “*as práticas que se traduzem num acesso gratuito a aplicações ou conteúdos específicos com um limite de tráfego adicional e que é superior ao plafond do tarifário base; e as que permitem ao utilizador a subscrição de aplicações ou conteúdos específicos com um preço associado ao tráfego distinto – superior a zero – do fixado para a oferta base, e que podem ter ou não um limite de tráfego.*”⁷⁰

O professor Arturo J. Carrilho defende que a única forma de *zero-rating* que poderá ser admissível, uma vez que não implica um desvio ao princípio da neutralidade, é aquela que não visa aplicações ou conteúdos específicos e que ele denomina de “*Faux (or non-selective) zero-rating*”. O professor explica que um fornecedor de conteúdos celebra um acordo com uma ou várias empresas de comunicações, de modo a oferecer uma quantidade limitada de dados gratuitos, em troca de determinadas condições, como visualização de publicidade, ou *download* de uma aplicação.

Este tipo de oferta tem como objeto a atribuição ao utilizador de um determinado volume de dados, que ele pode utilizar, visualizando o conteúdo e/ou aplicações que assim desejar, sem que o fornecedor de serviços de acesso à *internet* se possa inteirar da escolha que o utilizador faz dos conteúdos e aplicações a que pode ter acesso.

Existem autores que referem que este tipo de acordos podem estar especificamente ligados a um determinado tipo de *browser* ou a um equipamento em específico. Assim, acaba por haver uma restrição (por exemplo, possuir um determinado equipamento para se poder ter acesso).⁷¹

Trata-se aqui, também, de um desvio ao princípio da neutralidade, uma vez que este princípio assegura o tratamento não discriminatório do tráfego, independentemente do tipo de equipamento utilizado.

⁷⁰ ANACOM - Consulta relativa a práticas comerciais de *zero-rating* e similares em Portugal; Sentido provável de decisão relativo a práticas comerciais de *zero-rating* e similares em Portugal, Fevereiro 2018, <https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1429933>.

⁷¹ Stallman, Erik e Adams, R. Stanley IV - “Zero-Rating: A Framework for accessing benefits and harms.” pp. 15-16.

Contexto Português

Recentemente, Portugal foi apontado, no contexto internacional, como um exemplo de vigência de uma *internet* sem neutralidade, devido às práticas *zero-rating* praticadas por vários operadores móveis.

Em Outubro de 2017, o Congressista estadunidense Ro Khanna chamou a atenção para o tarifário *+SmartNet* da Operadora Meo, dizendo: “*In Portugal, with no net neutrality, internet providers are starting to split the net into packages.*”⁷²

No documento emitido pela ANACOM, intitulado “Sentido provável de decisão relativo a práticas comerciais de *zero-rating* e similares em Portugal”⁷³, a ARN passa a fornecer uma explicação de como este tarifário funciona. Passa a citar-se a mesma, para um melhor entendimento da questão.

No tarifário *SmartNet* do prestador de serviços de acesso à *internet* MEO, está em causa “*a oferta de plafonds específicos de dados de 10 GB mensais, que só podem ser adquiridos por quem tenha acesso à Internet móvel e podem ser acumulados ao plafond de Internet base do cliente...*”

Portanto, de um modo geral, este tarifário funciona através da oferta de um incremento de dados mensais ao limite mensal que o cliente já possuía, de acordo com o seu tarifário.

A ANACOM explica que existem ao dispor do cliente várias “*SmartNet*” que se apresentam na qualidade de pacotes contendo vários tipos de aplicações. Por exemplo, o pacote Social, que oferece as aplicações de redes sociais mais utilizadas no momento, como é o caso de *Facebook*, *Instagram*, *Whatsapp*, entre outras.

O prestador de serviços de acesso à *internet* (a MEO) refere que o tráfego associado às aplicações que constituem a *SmartNet* é descontado apenas aos respetivos *plafonds* (é descontado, portanto, apenas aos 10 GB mensais) e o restante tráfego que o cliente possui é descontado ao *plafond* geral.

Assim, a MEO refere que não se trata aqui de qualquer bloqueio de tráfego, respondendo à ARN que, após se ter esgotado o *plafond* geral de qualquer oferta, os clientes poderão

⁷² Leia-se “*Em Portugal, sem neutralidade da Internet, os fornecedores de acesso à Internet estão a dividir a Internet em pacotes*”.

⁷³ ANACOM - Consulta relativa a práticas comerciais de *zero-rating* e similares em Portugal; Sentido provável de decisão relativo a práticas comerciais de *zero-rating* e similares em Portugal.

continuar a utilizar o serviços através do modo “*pay per use*” ou, então, enquanto tenham saldo, caso se trate de um tarifário pré-pago.⁷⁴

Em 28 de Fevereiro de 2018, a ANACOM, após monitorização realizada às ofertas *zero-rating* e a outras (semelhantes) chegou à conclusão de que algumas destas práticas violavam o Regulamento 2015/2120, também designado *Regulamento Telecoms Single Market* (TSM). Isto, porque alguns operadores se pautam por práticas de gestão de tráfego diferenciadas, consoante se trate de *plafonds* gerais, de *plafonds* específicos ou de aplicações sem limites de tráfego, como explica a ARN.⁷⁵

Conclusão

O *zero-rating* tem-se tornado, recentemente, uma prática muito popular, especialmente no que toca às redes móveis. Tal como anteriormente notado, caracterizam-se por práticas que permitem aos consumidores finais um acesso a determinadas aplicações e/ou conteúdos a custo zero (*zero-rated*).

Da análise realizada, pode também concluir-se que estas práticas beneficiam da existência de um acesso à *internet* limitado, o que faz com que adquiram especial importância nos países em desenvolvimento. Porém, nos países desenvolvidos, o impacto nas redes móveis é superior, quando o limite de dados mensais do utilizador é, por vezes, reduzido.

Este tipo de práticas têm, no entanto, fomentado o debate no que toca ao respetivo impacto no princípio de neutralidade da *internet*.

Gera-se, assim, a tradicional divisão de opiniões: aqueles que vêm defender práticas como o *zero rating* utilizam como argumentos o facto de este permitir que os prestadores de serviços de acesso à *internet* possam ir ao encontro das preferências dos seus consumidores. Aliás, um estudo realizado pela ANACOM mostrou que a criação destas ofertas tem como alvo sobretudo o público jovem, visando assim as aplicações mais utilizadas por esse mesmo público.

Isto também pode ser explicado porque talvez seja esta faixa etária a que concentra o maior índice de acesso à *internet*.

⁷⁴ Idem

⁷⁵ ANACOM - “ANACOM dá 40 dias úteis à MEO, NOS e Vodafone para alterarem as ofertas que violam as regras da neutralidade da rede e do *roaming*.” Fevereiro de 2018.
<https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1429932>.

Portanto, o primeiro ponto será o *zero rating* como incentivo rumo à liberdade económica dos agentes económicos, que se movimentam nos mercados das tecnologias de informação, sendo que não se pode pôr de parte que, como visto anteriormente, este é um mercado que se caracteriza pela forte influência da procura, o que poderá tornar as práticas *zero rating* justificáveis, pelo que acima foi referido.

Como já se viu, as ofertas *zero-rating* têm uma especial importância em países onde o acesso à *internet* é reduzido. Estas práticas contribuem para um acesso à *internet* com custos inferiores.

Medidas como a *internet.org* (ou *Facebook zero*) permitem que certas comunidades se conectem à *internet*, funcionando aqui a externalidade da rede, uma vez que estas medidas, funcionando em pequenas comunidades, aumentam a taxa de ligação das pessoas à rede, incrementando-lhe assim o valor, mas também permitindo que haja mais consumidores que comunicam entre si.

O segundo ponto justificativo destas medidas é o facto de possibilitarem o aumento da conectividade à *internet*.

Há ainda quem venha defender que o *zero-rating* não representa qualquer risco para o direito à liberdade de expressão. Pelo contrário, se olharmos para grande parte das ofertas *zero-rating*, é possível ver que a maior parte delas oferece as aplicações/conteúdos mais utilizados no momento, sendo estas aplicações de redes sociais, como o *Facebook* ou o *Twitter*. Ora, as ofertas “*zero-rated*” deste tipo de conteúdos permite uma maior taxa de utilização das mesmas, o que, por sua vez, permitirá uma maior troca de ideias e de informação entre os consumidores (uma vez que a função deste tipo de aplicações é manter as pessoas em contacto). Consequentemente, apresenta-se como uma mais-valia para o direito à liberdade de expressão dos consumidores.⁷⁶

Do outro lado, estão os defensores de um princípio da neutralidade mais “puro”, que não vêm com bons olhos este tipo de práticas, apresentando vários argumentos que já aqui foram abordados.

⁷⁶ Eisenach, Jeffrey A. - “The Economics of Zero Rating”... p. 9. “*Increasing the number of Facebook (or Twitter or Wikipedia) users thus arguably enhances freedom of expression and the diversity of opinion in the public square – especially in developing countries, where such outlets have demonstrably enhanced freedom of political expression.*”

Começou-se a análise deste tema com a certeza de que este tipo de práticas seria claramente negativo, para o funcionamento eficiente do princípio da neutralidade da *internet*. No entanto, com o desenvolvimento da análise, constata-se que este tema representa, ainda, uma área muito cinzenta no âmbito da neutralidade das redes.

É claro que existem determinados tipos de ofertas *zero-rating* que claramente estão contra os princípios regulatórios definidos pelo regulamento TSM. São aquelas que a ANACOM define como estabelecendo uma clara discriminação entre o tráfego do *plafond* para aplicações ou conteúdos específicos e o tráfego do *plafond* para o acesso geral.

É, de certa forma, claro que as ofertas *zero rating* com fundamentos puramente comerciais podem apresentar um grave risco, especialmente se estivermos perante uma situação de monopólio. Imagine-se um prestador de serviços de acesso à *internet* que detém uma posição de monopólio e que oferece apenas as aplicações pertencentes à sua operadora a “*zero rating*”, tendo o utilizador de pagar pelo acesso às restantes.

Esta é uma situação extrema. No entanto, não posso considerar este exemplo como impossível de acontecer, especialmente depois do que foi dito acerca do contexto português relativamente a esta temática: a ARN ANACOM, perante queixas apresentadas, prepara uma tomada de decisão, na qual refere que ofertas *zero-rating* como o *SmartNet* da operadora MEO não são violadoras das disposições do regulamento acima referido⁷⁷. Contudo, numa nota à imprensa, vem posteriormente exigir que estes mesmos tarifários sejam alterados, por apresentarem medidas discriminatórias do tráfego que não se coadunam com o princípio da neutralidade da *internet*⁷⁸.

Seria interessante estabelecer uma comparação entre as duas posições opostas tomadas pela mesma ARN. No entanto, tal análise não cabe neste estudo.

Assim, não me é possível concordar com a defesa da posição segundo a qual as ofertas *zero-rating* não representam qualquer risco para o princípio da neutralidade da *internet*.

Digo isto por também defender que - apesar do enquadramento regulatório dado a esta temática, quer no contexto estadunidense quer especialmente no contexto da União Europeia, onde é tratado com maior detalhe o regime deste tipo de ofertas, para além das

⁷⁷ ANACOM - “Consulta relativa a práticas comerciais de zero-rating e similares em Portugal; Sentido provável de decisão relativo a práticas comerciais de *zero-rating* e similares em Portugal.”

⁷⁸ ANACOM - “ANACOM dá 40 dias úteis à MEO, NOS e Vodafone para alterarem as ofertas que violam as regras da neutralidade da rede e do *roaming*.”

orientações gerais do ORECE - ainda existe uma inobservância destas regras pelos prestadores de serviços de acesso à *internet*, talvez por não entendimento claro das disposições em questão.

Assim, concluo que não é possível tomar uma posição absoluta no que toca à proibição ou necessidade de práticas como esta. Se é verdade que o *zero-rating* pode efetivamente representar um perigo para a neutralidade da *internet*, também é igualmente verdade que o mesmo (se olharmos para o contexto de um país em desenvolvimento, onde as taxas de acesso à *internet* são muito reduzidas) representa uma ferramenta eficaz no acesso à *internet* (mesmo apenas uma parte dela). Iniciativas como a *internet.org* permitem um maior contacto entre pequenas comunidades.

O *zero-rating* ainda é uma zona muito cinzenta no que toca ao princípio da neutralidade da *internet*, especialmente porque ainda há muito desconhecimento e pouca transparência sobre este tipo de práticas.

Na ótica de utilizador final, quer como consumidor quer como fornecedor de conteúdos *online* (pense-se num criador de um *blogue*), ainda existe uma grande percentagem de pessoas que não entende qual o leque dos seus direitos, no que toca ao acesso à *internet*, nem sequer como funciona, efetivamente, este tipo de práticas. Assim, talvez uma solução futura passe não só pela exigência de mudança das práticas dos prestadores de serviços de acesso à *internet*, mas, também, por um maior esclarecimento ao público sobre o funcionamento efetivo deste tipo de práticas.

Comentários gerais

Neste trabalho, debruçámo-nos sobre o setor das comunicações eletrónicas com o objetivo de se fazer face ao grande desafio (hoje enfrentado) no âmbito da regulação do mesmo: a neutralidade da rede.

Quando se fala em neutralidade da rede, pretende verdadeiramente falar-se da proteção do conceito de uma *internet* neutra e aberta. Apesar de, muitas vezes, este princípio ser associado à arquitetura original da *internet*, crê-se que a controvérsia nasceu, em grande parte, de uma evolução tecnológica muito rápida, que os vários enquadramentos regulatórios acompanharam com alguma dificuldade⁷⁹.

Neste trabalho, encarou-se o tema da neutralidade da rede sob duas perspetivas:

Uma puramente tecnológica (sendo necessário olhar para o próprio funcionamento da *internet*), em que a neutralidade da rede foi a base para a criação desta tecnologia, como um ambiente destinado à pura troca de informação e de ideias. Contudo, com a comercialização desta plataforma, torna-se necessário olhar para a neutralidade da rede sob outra perspetiva, existindo um verdadeiro direito fundamental da *internet*. A neutralidade da rede deverá agora ser tomada como um princípio. Assim, a neutralidade da rede baseia-se no debate acerca da proteção dos direitos fundamentais dos utilizadores, da proteção do seu direito à liberdade de expressão e do seu direito à privacidade *online* (mas, também, de um direito de acesso ao mercado, pois, como já foi constatado, os utilizadores finais são criadores de conteúdos).

Foi, assim, estudado o princípio da neutralidade da rede como um instrumento democrático. Porém, nesta relação tecnológica estabelecida entre utilizadores finais e prestadores de serviços de acesso à *internet*, não pode ser esquecido ou diminuído o papel dos últimos, uma vez que são estes que fornecem as infraestruturas necessárias para assegurar o acesso.

Logo, a neutralidade da rede deverá também ser vista como um princípio que salvaguarda a liberdade destes agentes económicos gerirem livremente os seus negócios. Assim, o regime regulatório europeu (Regulamento 2015/2120) confere a possibilidade de os PSAIs aplicarem medidas razoáveis de gestão do tráfego, de modo a ser garantida a integridade e o funcionamento da rede (artigo 3º, nº 3, do regulamento).

⁷⁹ Aquando das alterações realizadas em 2009 ao quadro regulatório então em vigor, notou-se que uma das razões foi a incongruência regulatória vivida nos vários estados membros, salientando-se, também, a importância de uma rápida adaptação das legislações nacionais.

Todavia, de modo a atingir um equilíbrio entre a neutralidade da rede e a liberdade de gestão económica, é permitido que os PSAIs possam, nos seus modelos de negócio, oferecer serviços especializados e também ofertas *zero-rating*.

Neste trabalho, dedicámo-nos ao estudo das práticas acima mencionadas, por estas colocarem inúmeras questões, no que ao acesso neutro à *internet* diz respeito.

No capítulo dedicado aos potenciais desvios à neutralidade da rede, foram identificados vários benefícios e consequências negativas da aplicação destas medidas.

Assim, viu-se que estas são uma forma de atingir um equilíbrio entre dois interesses (os utilizadores têm interesse em possuir um acesso completo à *internet* e os PSAIs têm o interesse de tornar os seus conteúdos próprios mais apelativos para o consumidor do que os produtos concorrentes); portanto, esta gestão do tráfego permite ir ao encontro da vontade do utilizador final (pense-se nas ofertas *zero-rating* que consistem na disponibilização, a zero custo, das aplicações mais utilizadas entre a comunidade jovem); são importantes os incentivos à inovação tecnológica (viu-se o exemplo da telemedicina, que necessita, para o fornecimento do serviço, que um determinado nível de qualidade esteja sempre assegurado) e, como refere Jeffrey A. Eisenach, podem levar a um aumento do acesso à *internet* em locais onde este é reduzido, o que assegura a proteção do direito fundamental à liberdade de expressão.⁸⁰

No entanto, tal como foi explicitado, estas medidas podem constituir graves riscos para a manutenção do princípio da neutralidade.

Recorreu-se a vários exemplos das consequências destas medidas, o que leva a crer que os PSAIs possuem (nos seus modelos de negócio) ofertas *zero-rating* e de serviços especializados com objetivos puramente comerciais, de modo a distorcer o conceito de plena concorrência, dado que a “*internet é constituída por milhares de aplicações e serviços que estão numa constante batalha pela atenção dos utilizadores*”⁸¹.

Torna-se, assim, difícil negar que, na Europa, não exista razão para uma verdadeira preocupação com a neutralidade da rede, sendo também difícil aceitar estas práticas, na perspetiva de defesa do princípio da neutralidade.

⁸⁰ Eisenach, Jeffrey A. - “*The Economics of Zero-Rating*” p. 9.

⁸¹ Wu, Tim – “*Network Neutrality Broadband Discrimination*” p. 141.

Portanto, numa consideração geral e levando em linha de conta o regulamento 2015/2120, verifica-se a existência de vários princípios fundamentais, de que não podemos desviar-nos (como será a proibição da aplicação de bloqueio ao tráfego), a não ser pelas exceções estabelecidas no mesmo regulamento. De acordo com as Linhas Gerais do ORECE sobre a aplicação do mesmo regulamento, notou-se que houve uma adoção pacífica, em vários estados membros, da disposição do regulamento.

Contudo, na atual situação do acesso a uma *internet* aberta e neutra, ainda existem muitas áreas cinzentas, que constituem verdadeiros desafios regulatórios. Partindo logo da falta de conhecimentos técnicos do normal consumidor deste tipo de serviços, sendo que grande parte não conhece o termo neutralidade da rede e, muitas vezes, dará maior valor a um menor custo nos serviços do que à qualidade (caso do *zero-rating*).

Também na relação consumidor-operador existe ainda uma grande falta de transparência, apesar de ser um aspeto estrutural do Regulamento 2015/2120, sendo que, muitas vezes, são oferecidos serviços sem os consumidores realmente entenderem o seu funcionamento.

Também poderão ser apontados problemas de interpretação pelos PSAIs das disposições regulamentares, uma vez que, quando se olhou para o contexto português, no caso das ofertas *zero-rating*, o prestador em questão referiu, num primeiro momento, que as suas ofertas respeitavam as disposições regulamentares mas, posteriormente, a ARN portuguesa conclui pela violação das mesmas.

Conclusão

Face ao exposto anteriormente, cabe agora referir as várias ideias retiradas da análise dos vários capítulos.

O setor das comunicações eletrónicas é aquele que mais alterações sofreu, nestes últimos anos, devido à evolução registada das tecnologias. Tem-se vindo a afirmar como um setor da economia cada vez mais importante na vida quotidiana, uma vez que a sua principal função é estabelecer uma ligação entre as várias pessoas.

A inovação tecnológica permitiu a criação de novos serviços das outrora designadas telecomunicações, o que fez com que o consumidor aumentasse a sua procura por estes serviços. Poderá ser apontado, também, como um fator justificativo do aumento da oferta a convergência dos vários serviços (que permite aos prestadores de serviços oferecerem vários tipos de serviços).

A procura por estes serviços é caracterizada por constantes flutuações, mas conclui-se que, ao lado desta evolução tecnológica, é visível uma procura mais exigente, em termos de qualidade dos serviços.

Seguindo a lógica do autor Christopher Decker, conseguimos identificar 4 grandes características neste setor de produção. Ou seja, de modo a entender o mercado das comunicações eletrónicas, há que ter em conta os meios de transmissão da informação ou dados, a tecnologia utilizada para essa transmissão, os vários tipos de serviços que podem ser oferecidos e, finalmente, os agentes económicos que prestam estes serviços.

A regulação das comunicações eletrónicas sofreu, também, várias evoluções, pelo que se podem apontar três grandes momentos. Um primeiro, caracterizado pela existência de monopólios por quase toda a Europa; um segundo momento impulsionado pela Comissão Europeia, que se caracteriza pela liberalização dos mercados e a entrada de novos prestadores de serviços (que culmina com a adoção do primeiro ciclo regulatório); e um terceiro momento, em que a liberalização já se encontra sedimentada, pretendendo-se agora a entrega de todas as etapas de produção do setor à concorrência (o que conduz à adoção do 2º ciclo regulatório).

Analisada esta evolução regulatória até ao atual enquadramento (com as revisões de 2009), conclui-se que a regulação das comunicações eletrónicas se guia por quatro princípios

fundamentais: o princípio da transparência; o da igualdade de acesso; o da não discriminação e o da publicidade. Um dos marcos fundamentais, logo no 1º ciclo regulatório, foi a abolição de direitos especiais e exclusivos, caracterizadores do ambiente monopolista.

Já no 2º ciclo regulatório, os marcos essenciais a apontar serão, desde logo, a necessidade de uma convergência regulatória para acompanhar a convergência tecnológica verificada, facto este que levou à alteração da designação de “telecomunicações” para “comunicações eletrónicas”.

Assim, no processo de regulação das comunicações eletrónicas, desde o primeiro enquadramento regulatório até ao atual, verificou-se uma atribuição crescente de poderes regulatórios às Autoridades Reguladores Nacionais dos Estados Membros e, também, uma maior responsabilidade para assegurar os objetivos do mercado interno e uma maior preferência pela aplicação de uma regulação *ex post* (de acordo com o Direito da Concorrência), deixando-se a regulação setorial (ou *ex ante*) para as situações em que um mercado não é concorrencial.

Restringindo este estudo ao ordenamento jurídico português, verifica-se a adoção das disposições regulamentares europeias, através da entrada em vigor da Lei das Comunicações Eletrónicas. No plano nacional, é a Autoridade Regulatória Nacional que se encarrega da função regulatória do setor (assegurando assim o objetivo de liberalização pretendido no contexto europeu). Um facto relevante a apontar será a sujeição da prestação de serviços a uma mera autorização geral, o que incentiva a concorrência no mercado.

Apesar das várias evoluções regulatórias, no contexto europeu (podendo mesmo dizer-se, internacional), deparamo-nos, ainda hoje, com vários desafios regulatórios. Esta dissertação ocupou-se do estudo da questão polémica da neutralidade da rede, que defende que todo o tráfego que é distribuído na rede deverá ser tratado de forma igual, independentemente do seu conteúdo, origem, destino ou equipamento.

Hoje em dia, a *internet* apresenta-se como um instrumento essencial nas nossas vidas. É uma plataforma em constante desenvolvimento e um veículo para a inovação de novas tecnologias. É um instrumento tão importante que pode falar-se hoje em um direito fundamental de acesso à *internet*. Com uma *internet* aberta e pública, o utilizador final pode comunicar com outros utilizadores, obter toda a informação que ache necessária e utilizar todos os conteúdos e aplicações que desejar. A *internet*, hoje, é um mecanismo essencial para os utilizadores expressarem a sua opinião e trocarem ideias.

Do outro lado, podemos constatar que uma *Internet* aberta fomenta o desenvolvimento económico; isto significa que os agentes económicos que fornecem conteúdos e aplicações de *Internet* podem fazer chegar os seus produtos a toda a *Internet*.

A *internet* apresenta-se como um mercado de duas faces, significa isso que existe alguém que fornece os serviços de acesso à *Internet* e que estabelece a ligação entre os consumidores e os fornecedores de conteúdos.

Tradicionalmente, a *internet* funciona mediante a abordagem *best-effort*, no sentido em que todo o tráfego é tratado de forma indiferente e que, portanto, na distribuição do tráfego, não se dá qualquer prioridade a um *email* ou uma videochamada, por exemplo.

Esta abordagem, ao não deixar qualquer utilizador de fora, como acontece com as tradicionais linhas telefónicas, é sujeita, no entanto, a congestionamentos.

Estes congestionamentos podem pôr em causa a própria integridade da rede, o que, por sua vez, limita a qualidade da experiência do utilizador final.

Quando olhamos para a procura de serviços de *Internet*, o que se constata é que os utilizadores são mais exigentes e que, para além do acesso a estes serviços, pretendem uma qualidade superior.

O método tradicional de funcionamento da *Internet* com a abordagem “*best-effort*” não garante qualidade de serviço e não garante a entrega dos conteúdos.

Surge assim a necessidade, por parte dos fornecedores de serviços de acesso à *internet*, de se optar por uma gestão do tráfego.

Esta gestão do tráfego pode levar a duas consequências: pode ser aplicada uma gestão do tráfego com objetivos técnicos de melhorar a qualidade do serviço mas, também, pode ser aplicada uma gestão do tráfego com objetivos comerciais, com o intuito de afastar determinados conteúdos concorrentes.

É aqui que surge o princípio da neutralidade da *internet*. Este princípio vem dizer que todo o tráfego deve ser tratado de forma igual, independentemente do conteúdo, aplicação, serviço ou equipamento do qual é emanado. Este princípio gerou um grande debate sobre a integridade da *internet* aberta. Constatou-se vários exemplos, a nível mundial, de fornecedores de serviços de acesso à *internet* a aplicarem medidas de gestão de tráfego com objetivos puramente comerciais.

No decurso de todo este debate, nascem vozes dissonantes quanto à interpretação deste princípio:

De um lado, defende-se que os desvios ao princípio da neutralidade da *internet* implicam uma limitação aos direitos fundamentais dos utilizadores e, também, um entrave à plena concorrência, porque, num cenário desprovido de neutralidade, as pequenas empresas, que de certa forma caracterizam este mercado, não conseguem competir com as grandes empresas já estabelecidas, gerando-se um clima propício à criação de monopólios e havendo portanto, a necessidade de criação de regras efetivas que protejam este princípio.

Do outro lado, há quem defenda que a criação de normas que imponham este princípio aos fornecedores de serviços de acesso à *internet* terá um impacto negativo na concorrência, vendo estas regras como limitadoras da liberdade económica dos agentes económicos.

Importa então uma análise dos vários enquadramentos regulatórios, limitada aos espaços europeu e estadunidense, de modo a perceber-se qual a solução adotada em cada contexto.

Existem, desde logo, diferenças estruturais na forma como o problema é inicialmente encarado, uma vez que, nos Estados Unidos, a situação é encarada de uma forma mais pró-ativa, adotando-se um conjunto de regras dirigidas diretamente aos fornecedores de serviços de acesso à *internet*, para garantir que a mesma se mantém aberta.

Já na União Europeia, a perspetiva adotada foi diferente. Só com as alterações realizadas em 2009 pode surgir uma primeira abordagem ao tema. Até ao Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, em 2015, adota-se uma posição de monitorização das medidas de gestão aplicadas, chegando-se à conclusão que, na altura, não havia um verdadeiro problema de neutralidade da *internet* no contexto europeu.

Só em 2015, com o regulamento supra mencionado, se passou a regular, na União Europeia, a questão da neutralidade da *internet* de forma efetiva. Este regulamento estabelece um conjunto de regras que se destinam à proteção da neutralidade e da abertura da *Internet* como forma de proteção dos consumidores.

Assim, o enquadramento regulatório atual dispõe que os fornecedores de serviços de acesso à *internet* devem respeitar o princípio da neutralidade da *internet*. Todavia, ao mesmo tempo, considera-se que os mesmos devem ter a possibilidade de aplicar medidas de gestão do tráfego, desde que respeitem os vários critérios impostos.

Até aqui, o contexto deste tema parece bastante claro. Isto é, o princípio da neutralidade é hoje um princípio essencial, que deve ser assegurado, de modo a respeitar o “direito básico” que é a *internet*, como é referido pelo vice-presidente da Comissão Europeia, Andrus Ansip. No entanto, por razões técnicas (como, por exemplo, a preservação da integridade da própria rede), os fornecedores de serviços de acesso à *internet* deverão poder aplicar medidas de gestão do tráfego, desde que respeitantes dos critérios impostos pelo regulamento.

Mas existem, ainda, questões “cinzentas” a respeito das quais, apesar dos vários instrumentos regulatórios empregues, não se consegue chegar a uma conclusão definitiva sobre se representam um risco que não poderá ser aceite, no contexto deste Direito básico de um acesso pleno à *internet*, ou se deverão ser consideradas práticas necessárias para garantir aos PSAIs uma liberdade de gestão económica.

Estamos a falar da oferta de serviços especializados e das ofertas *zero-rating*.

Os primeiros, podendo ser definidos como serviços diferentes dos serviços de acesso à *internet*, uma vez que visam a oferta de conteúdos específicos, assegurando um nível de qualidade aquando na prestação do serviço. O ORECE apresenta como um exemplo fundamental os serviços de telemedicina.

As ofertas *zero-rating*, caracterizadas pela oferta de uma determinada aplicação ou conteúdo a custo zero. Ou seja, a respetiva utilização não conta para o limite de dados mensais de que o utilizador dispõe.

Em qualquer dos casos, aquando da análise da regulamentação europeia e da estadunidense, chega-se à conclusão de que as suas ofertas são permitidas, mas sempre sujeitas a determinados requisitos, que visam assegurar a proteção da neutralidade da rede.

Este tipo de práticas pode ser encarado de duas formas. Estima-se que, quer os serviços especializados quer as ofertas *zero-rating*, diminuem a abertura e também a neutralidade do ambiente da *internet*, porque, por um lado, está-se a fragmentar a *internet* em dois espaços e, por outro, está-se a influenciar, de certa forma, a escolha do consumidor quando se oferece um determinado tipo de serviços a custo zero.

Viu-se, no caso de Portugal, que a ARN decidiu, num primeiro momento, que determinadas ofertas *zero-rating* não era discriminadoras do tráfego, mas, posteriormente, tomou-se uma decisão contrária, referindo que tais medidas não poderiam ser aceites.

No entanto, por outro lado, não é possível aceitar o funcionamento da *internet* de acordo com a sua arquitetura original, a qual não foi desenhada para o ambiente comercial. Tendo a *internet* adotado esta vertente comercial e tendo-se registado um recrudescente da quantidade de acessos, torna-se forçoso aceitar uma maior liberdade para os PSAIs, na gestão dos seus modelos de negócio, que permita ir ao encontro não só das escolhas dos consumidores, mas, também, da inovação tecnológica.

Conclui-se que a neutralidade da rede ou *internet* é hoje essencial para garantir não só o respeito dos direitos fundamentais dos utilizadores, mas, também, para garantir uma plena concorrência. Deveremos contudo aceitar que a neutralidade da rede significa hoje que poderão ser aplicadas medidas desviantes do seu conteúdo (mas que não impliquem uma violação do mesmo).

Crê-se que o grande problema que rodeia esta temática é ainda a falta de transparência dos PSAIs na sua relação com o utilizador leigo, que não entende os conceitos técnicos. Apesar de estar regulada nos vários instrumentos analisados, não creio que, na prática, se mostre ainda muito eficaz.

Bibliografia

A. Monografias, Obras Coletivas, Artigos em Publicações Periódicas e Artigos

Online:

- ❖ ANACOM - “ANACOM dá 40 dias úteis à MEO, NOS e Vodafone para alterarem as ofertas que violam as regras da neutralidade da rede e do roaming”, Fevereiro 2018.
<https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1429932>.
- ❖ ANACOM - “Conferência ANACOM 2010 - Net Neutrality: regulação de redes e regulação de conteúdos”, Conclusões, 2010,
<https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1035674>.
- ❖ ANACOM - “Consulta relativa a práticas comerciais de zero-rating e similares em Portugal, Sentido provável de decisão relativo a práticas comerciais de zero-rating e similares em Portugal”, Fevereiro de 2018,
<https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1429933>.
- ❖ ANACOM - “INE - Inquéritos à utilização de TIC pelas famílias e pelas empresas em 2016”, 2016,
<https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1400422>.
- ❖ ANACOM, - “Sem fios”.
<https://www.anacom.pt/render.jsp?categoryId=340460>.
- ❖ Autoridade da Concorrência - “Práticas Restritivas da Concorrência”.
http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrenca/Paginas/Praticas-restritivas-da-concorrenca.aspx.
- ❖ Azevedo, Maria Eduarda - “*Temas de Direito da Economia*”, Coimbra, Edições Almedina, S.A. Setembro de 2013, ISBN 978-972-40-5290-8.
- ❖ Belli, Luca e Filippi, Primavera de, - “*General Introduction: Towards a Multistakeholder Approach to Network Neutrality*” in *Net Neutrality Compendium, Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*, Springer International Publishing Switzerland. 2016, ISBN 978-3-319-26425-7, pp. 1-12.

- ❖ Carrilho, Arturo J. - “*Having your cake and eating it too? Zero-rating, net neutrality, and International Law*”, Stanford Technology Law Review, Vol. 19, 2016, pp. 364-429, p. 368. <https://law.stanford.edu/publications/having-your-cake-and-eating-it-too-zero-rating-net-neutrality-and-international-law/>.
- ❖ Centro Regional de Informação das Nações Unidas - “Perguntas Frequentes CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS”. <https://www.unric.org/pt/direitos-humanos-actualidade/3310>.
- ❖ Confraria, João - “*Regulação e Concorrência, desafios do século XXI*”, Lisboa, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, 2011, ISBN 978-972-54-0288-7.
- ❖ Crocioni, Pietro - “*Net Neutrality in Europe: Desperately Seeking a Market Failure*”, Telecommunications Policy, the International Journal of ICT Economy, Governance and Society, Fevereiro de 2011, ISSN: 0308-5961, Vol. 35, Issue 1, pp. 1-11.
- ❖ Decker, Christopher – “*Modern Economic Regulation: An Introduction to Theory and Practice*”; Cambridge University Press; 2014. ISBN 978-1-107-69906-9.
- ❖ Eisenach, Jeffrey A. - “*The Economics of Zero Rating*”, estudo publicado por Nera Economic Consulting, Março de 2015. <http://www.nera.com/publications.html#tab-2>.
- ❖ Fung, Brian - “*Some net neutrality advocates are worried about this small loophole in the FCC’s rules*”, The Washington Post, Março 2015, https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2015/03/25/the-small-loophole-net-neutrality-advocates-fear-in-the-fcc-rules/?utm_term=.b3e934383042.
- ❖ La Rouché, Pierre – “*Competition Law and Regulation in European Telecommunications*”, Hart Publishing Oxford and Portland Oregon, 2000, ISBN 184113-144-X

- ❖ La Rouche, Pierre – “*Network Neutrality: The Global Dimension*”, Tilburg Law and Economics Center, Law and Economics Research Paper Series, No. 2011-035, Agosto de 2011. <https://ssrn.com/abstract=1909811>.
- ❖ La Rue, Frank William; - Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Conselho dos Direitos Humanos, Maio de 2011, http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf.
- ❖ Marsden, Christopher T. – “*Net Neutrality, Towards a Co-Regulatory Solution*”, Bloomsbury academy, 2010, ISBN 978-1-84966-357-1.
- ❖ McDiarmid, Andrew & Shears, Matthew - “*The importance of Internet Neutrality to protecting Human Rights online*”, in Belli, Luca e Filippi, Primavera de - *Net Neutrality Compendium, Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*, Springer International Publishing Switzerland. 2016, ISBN 978-3-319-26425-7.
- ❖ McNamee, Joe e Pérez, Maryant Fernández -“ *Net Neutrality: An Analysis of the European Union’s Trialogue Compromise*” in Belli, Luca e, Filippi, Primavera de - *Net Neutrality Compendium, Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*, Springer International Publishing Switzerland. 2016, ISBN 978-3-319-26425-7, pp. 183-191.
- ❖ Mr J. Scott Marcus, (et. Al.) (...) - “*Network Neutrality: Challenges and responses in the EU and in the U.S.*”, Directorate General for Internal Policies Policy Department A: Economic and Scientific Policy, Internal Market and Consumer Protection. Maio de 2011, <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=EN>.
- ❖ Nihoul, Paul e Rodford, Peter - “*EU electronic communications law: competition and Regulation in the European Telecommunications market*”, Nova Iorque, Oxford University Press, 2011. ISBN, 0199601860.
- ❖ ORECE - “What is Zero Rating?” http://berec.europa.eu/eng/netneutrality/zero_rating/.

- ❖ Samuelson, Paul. A e Nordhaus, William D. - “*Economics, Eighteenth Edition*”, The McGraw-Hill Companies, Inc., Julho 2005, ISBN 84-481-4619-0.
- ❖ Shapiro, Carl e Katz, Michael L. – “*Network Externalities, Competition, and Compatibility*”, the American Economic Review, ISSN: 00028282, Vol. 75, No. 3 (Jun., 1985), pp. 424-440.
- ❖ Smith, Courtney Erin - “*Net Neutrality, Full Throttle: Regulation of BroadBand Internet Service Following the ComCast/BitTorrent Dispute*”, Santa Clara Law Review, Santa Clara University, Vol. 50, No. 2, Artigo 7, Janeiro de 2010. <http://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol50/iss2/7>.
- ❖ Sørensen, Frode - “*Specialized Services and the Net Neutrality Service Model*”, in Belli, Luca, Filippi, Primavera de, *Net Neutrality Compendium, Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*. Springer International Publishing Switzerland, 2016, ISBN 978-3-319-26425-7, pp. 99-107.
- ❖ Stallman, Erik e Adams, R. Stanley IV - “*Zero-Rating: A Framework for accessing benefits and harms.*”, Center for Democracy & Technology. Janeiro de 2016, <https://cdt.org/insight/zero-rating-a-framework-for-assessing-benefits-and-harms/>.
- ❖ Wu, Tim – “*Network Neutrality, Broadband Discrimination*”, Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2, 2003. <https://ssrn.com/abstract=388863>.
- ❖ Wu, Tim e Lee, Robin S. – “*Subsidizing Creativity through Network Design: Zero-Pricing an Net Neutrality*”, Journal of Economic Perspectives, Vol. 23, No. 3, pp. 61/76, Julho de 2009. <https://ssrn.com/abstract=1489166>.

B. Recursos Eletrónicos:

- ❖ <http://eur-lex.europa.eu/>
- ❖ <https://www.anacom.pt/>
- ❖ <http://berec.europa.eu/>

❖ <https://www.ssrn.com/en/>

❖ <https://www.fcc.gov/>

C. Legislação

▪ União Europeia

- ❖ Diretiva 88/301/CE da Comissão, de 16 de Maio de 1988, relativa à concorrência nos mercados de terminais de telecomunicações. Publicada no Jornal Oficial nº L 131, de 27.05.1988, p. 0073 - 0077
- ❖ Diretiva 90/387/CE do Conselho, de 28 junho de 1990, relativa à realização do mercado interno dos serviços de telecomunicações mediante a oferta de uma rede aberta de telecomunicações. Publicada no Jornal Oficial nº C315, de 24.10.1996, p. 41-56.
- ❖ Diretiva 90/388/CE; da Comissão de 28 de junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações. Publicada no Jornal Oficial nº L 192, de 24.7.1990, p. 10–16
- ❖ Diretiva 91/263/CE do Conselho, de 29 de abril de 1991, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes aos equipamentos terminais de telecomunicações, incluindo o reconhecimento mútuo da sua conformidade. Publicada no Jornal Oficial nº L 128, de 23.5.1991, p. 1–18
- ❖ Diretiva 96/19/CEE da Comissão, de 13 março de 1996 que altera a Diretiva 90/388/CEE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações. Publicada no Jornal Oficial nº L 74, de 22.3.1996, p. 13–24
- ❖ Diretiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de junho de 1997, relativa à interligação no sector das telecomunicações, com o objetivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta da rede aberta (ORA). Publicada no Jornal Oficial nº L 199, de 26.7.1997, p. 32–52

- ❖ Diretiva 97/66/CE, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das telecomunicações. Publicada no Jornal Oficial nº L 24, de 30.1.1998, p. 1–8.
- ❖ Diretiva 98/10/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 fevereiro de 1998, relativa à aplicação da oferta da rede aberta (ORA) à telefonia vocal e ao serviço universal de telecomunicações, num ambiente concorrencial. Publicada no Jornal Oficial nº L 101, de 1.4.1998, p. 24–47.
- ❖ Diretiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações eletrónicas e recursos conexos. Publicada no Jornal Oficial nº L108, de 24.4.2002, p. 7-20.
- ❖ Diretiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva autorização). Publicada no Jornal Oficial nº L 108, de 24.4.2002, p. 21–32.
- ❖ Diretiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva-quadro). Publicada no Jornal Oficial nº L108, de 24.4.2002, p. 33-50.
- ❖ Diretiva 2002/22/CE, relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas. Publicada no Jornal Oficial nº L108, de 24.4.2002, p. 51-77.
- ❖ Diretiva 2002/58/CE, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas e o Regulamento (CE) nº 2006/2004, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor. Publicada no Jornal Oficial nº L201, de 31.7.2002, p. 37-47.

- ❖ Diretiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009, que altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas. Publicada no Jornal Oficial nº L 337, de 18.12.2009, p. 11-36.
- ❖ Diretiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2009, que altera a Diretiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas. Publicada no Jornal Oficial nº L337, de 18.12.2009, pp. 37-69.
- ❖ Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, que estabelece medidas respeitantes ao acesso à *internet* aberta e que altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas. Publicado no Jornal Oficial nº L 310, de 26.11.2015, p. 1-18.
- ❖ Tratado de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de dezembro de 2007. Publicado no Jornal Oficial n.º C306, de 17/12/2007.

▪ Portugal

- ❖ Lei nº 5/2004, de 10 de fevereiro, Lei das Comunicações Eletrónicas, publicada no Diário da República, 1ª Série A, nº 34/2004, de 2004/02/10.
- ❖ Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro, Altera a Lei das Comunicações Eletrónicas, que estabelece o regime jurídico aplicável às redes e serviços conexos e define as competências da Autoridade Reguladora Nacional. Publicada no Diário da República, 1ª Série, nº 176/2011, de 2011-09-13.

- ❖ Constituição da República Portuguesa. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948. Texto Oficial em português publicado no Diário da República, 1ª Série nº 57, de 1978/03/09.

D. Documentos:

- **Conselho da Europa:**

Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Roma, 4.4.1950.

E. Comunicações, Pareceres, Relatórios e Resoluções:

- ❖ Comunicação da Comissão “Rumo a uma economia europeia dinâmica, Livro Verde relativo ao desenvolvimento do mercado comum dos serviços e equipamentos de telecomunicações” COM (87) 290 final, de 30.06.1987
- ❖ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu sobre a Abertura e Neutralidade da *Internet* na Europa. Documento: COM (2011) 222 final, 19.4.2011.
- ❖ Opinião do Comité Económico e Social sobre a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, Conselho, Comité Económico e Social e Comité das Regiões: “A Internet aberta e a Neutralidade da Rede na Europa”. Documento: 2012/C 24/31.
- ❖ Resolução do Parlamento Europeu sobre a *Internet* aberta e a neutralidade da rede na Europa, de 2011/11/07. Documento: B7-0572/2011.
- ❖ Declaração da Comissão sobre a neutralidade da *Internet* na Europa, de 18 de Dezembro de 2009 (2009/C 308/02).
- ❖ Declaração sobre a proteção da liberdade de expressão e da liberdade de reunião e de associação, no que diz respeito às plataformas de *Internet* operadas por privados e aos prestadores de serviços em linha, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa (07-12-2011).
- ❖ Linhas de Orientação, do ORECE, às Autoridades Reguladoras Nacionais (ARN), relativas à implementação do regulamento UE 2015/2120.

- ❖ Federal Communications Commission, “Open Internet Order”, de Dezembro de 2010. Disponível em:
https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1_Rcd.pdf.

F. Jurisprudência

▪ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

- ❖ TEDH – Acórdão de 18 de Dezembro de 2012, “Ahmet Yıldırım v. Turkey.” Processo nº 3111/10. Disponível em:
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%223111/10%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%222CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-115705%22\]}.](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%223111/10%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%222CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-115705%22]})
- ❖ TEDH - Acórdão de 10 de Março de 2009, “Times Newspapers Ltd. (nos. 1 and 2) v. the United Kingdom.” Processo nº 3002/03. Disponível em:
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%223002/03%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%222CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-91706%22\]}.](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%223002/03%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%222CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-91706%22]})

▪ Tribunal de Recurso para o Distrito de Columbia, Estados Unidos da América

- ❖ United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, processo nº 08-1291 “ComCast Corporation Petitioner v. Federal Communications Commission and United States of America, Respondents”, de 8 Janeiro de 2010. Disponível em:
[https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/EA10373FA9C20DEA85257807005BD63F/\\$file/08-1291-1238302.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/EA10373FA9C20DEA85257807005BD63F/$file/08-1291-1238302.pdf)

Índice

Declaração de Compromisso Anti-plágio	i
Agradecimentos	ii
Outros esclarecimentos	iii
Lista de abreviaturas, Siglas e Acrónimos	iv
Resumo	v
Abstract	vi
Introdução	1
1. Setor das comunicações eletrónicas	3
1.1. <i>Panorama geral</i>	3
1.2. <i>O setor das comunicações eletrónicas e as suas características</i>	4
1.3. <i>Caracterização do mercado</i>	8
2. Regulação das comunicações eletrónicas	9
2.1. <i>Evolução regulatória e análise de fontes internacionais</i>	9
3. A regulação das comunicações eletrónicas em Portugal	14
3.1. <i>Regime regulatório vigente</i>	14
4. Desafios na Regulação das Comunicações Eletrónicas	17
5. Neutralidade da Rede	18
5.1. <i>A arquitetura original da Internet</i>	18

5.2. <i>O que é a Neutralidade da Internet</i>	20
5.3. <i>Direitos fundamentais e plena concorrência</i>	23
6. Regulação adotada sobre a Neutralidade da Internet na União Europeia e nos Estados Unidos	30
6.1. <i>A Neutralidade da internet na Europa</i>	30
6.2. <i>A neutralidade da internet nos EUA</i>	39
6.3. <i>Conclusões</i>	40
7. Desvios ao princípio da neutralidade da internet	44
7.1. <i>Serviços especializados</i>	44
7.2. <i>Zero Rating</i>	47
7.2.1 <i>Enquadramento regulatório</i>	48
7.2.2. <i>Zero-rating e a Neutralidade da Rede</i>	49
7.2.3. <i>Diferentes tipos de Zero-Rating</i>	52
Comentários gerais	58
Conclusão	61
Bibliografia	67